



Raquel Pamplona

**Produção de electricidade em Portugal. O regime especial e as tarifas bonificadas.**

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Público

Orientadora:

Doutora Vera Eiró, Professora Auxiliar Convidada da Faculdade de  
Direito da Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015



## **Declaração anti-plágio**

Ao abrigo do artigo 20.º-A do Regulamento do Segundo Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, declaro que o texto aqui apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

*Aos meus pais, por tudo.*  
*Aos Necos, que tanta falta me fazem.*

## **Agradecimentos**

A realização da presente dissertação marca o final de uma etapa do meu percurso académico, e como tal, não poderia deixar de dirigir uma palavra de agradecimento a todos aqueles que me incentivaram a lutar pelos meus objectivos e que me apoiaram ao longo desta minha caminhada.

O meu agradecimento à Professora Doutora Vera Eiró, pela orientação, apoio e disponibilidade na elaboração desta dissertação.

Agradeço aos meus pais por todo o apoio ao longo do meu percurso académico, e aos restantes familiares e amigos por terem estado sempre presentes e pelo contributo que todos eles deram para que eu conseguisse atingir este patamar.

Expresso em particular a minha gratidão ao Ali, por me ter ajudado a ter uma perspectiva diferente do tema nas nossas longas conversas sobre o artigo 33-G.º, assim como por todo o carinho, força e compreensão.

## **Modo de citar e outras convenções**

Esta dissertação encontra-se redigida segundo a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

A bibliografia identificada no final da dissertação é ordenada por autor, título, volume, edição, local, editora e ano. Relativamente ao autor, quando se verifique que uma obra é composta por três ou mais autores, é utilizada a expressão et.al. O título aparece sempre destacado.

As citações realizadas no corpo da dissertação são realizadas em nota de rodapé, sendo que a metodologia adoptada difere caso esteja a ser efectuada uma citação de uma monografia ou de um editorial ou publicação periódica.

No caso das monografias, na primeira utilização constam os nomes dos autores, título da obra, editora, volume e página, a partir daí sendo citadas pelo nome do autor, op.cit., incluído sempre que necessário o número de página.

No caso das citações de editoriais ou publicações periódicas, na primeira utilização constam os nomes dos autores, título da obra, nome da publicação, número ou volume da publicação, e indicação de possível disponibilidade online, a partir daí sendo citadas pelo nome do autor, op.cit., incluído sempre que necessário o número de página.

As citações realizadas em língua estrangeira são feitas na língua de origem, não se procedendo a tradução.

As citações a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia são realizadas pela seguinte ordem: tribunal, data, número de processo, nome ou partes envolvidas, disponibilidade de consulta online no sítio oficial (<http://curia.europa.eu>).

A jurisprudência nacional é referida por tribunal, data e número de processo.

## **Lista de acrónimos, siglas e expressões mais utilizadas**

**(por ordem alfabética)**

Ac. - Acórdão

APA – Agência Portuguesa do Ambiente

BT – Baixa Tensão

CEE – Comunidades Económicas Europeias

Cfr. – Confrontar, conforme

CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

Comissão – Comissão Europeia

CPA – Código de Procedimento Administrativo<sup>1</sup>

CPTA – Código do Processo dos Tribunais Administrativos<sup>2</sup>

CRP – Constituição da República Portuguesa<sup>3</sup>

DGEG – Direcção Geral da Energia e Geologia

EDP - Electricidade de Portugal

EM – Estados-Membros da União Europeia

E.P – Empresa Pública

ERSE - Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

FER – Fonte de energias renováveis

FIT – Feed-in-Tariff

---

<sup>1</sup> Na redacção do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, alterado pela Declaração de Retificação n.º 265/91, de 31 de Dezembro, Declaração de Retificação n.º 22-A/92, de 29 de Fevereiro, Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Julho, e Lei n.º 30/2008, de 10 de Julho.

<sup>2</sup> Na redacção da Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, alterada pela Declaração de Retificação n.º 17/200, de 6 de Abril, Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, e Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>3</sup> Decreto n.º 10/04 de 1976, com as alterações introduzidas pela Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto.



FMI - Fundo Monetário Internacional

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade

GEE – Gases com efeito de estufa

LCE - Ley de Conservación de la Energía<sup>4</sup>

LSE - Ley del Sector Eléctrico<sup>5</sup>

ME – Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica

MIBEL - Mercado Ibérico de Electricidade

n.º - Número

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OMEL – Operador do pólo espanhol do mercado organizado do MIBEL

OMIP – Operador do pólo português do mercado organizado do MIBEL

PCH – Pequena Central Hídrica

pp. – Página

RD – Real Decreto

RDL – Real Decreto-Ley

REN - Redes Energéticas Nacionais, S.A.

RESP – Rede Eléctrica de Serviço Público

RFA – República Federal da Alemanha

RGIC - Regime Geral de Isenção por Categoria

RND - Rede Nacional de Distribuição

RNT – Rede Nacional de Transporte

---

<sup>4</sup> Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía.

<sup>5</sup> Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

SEI - Sistema Eléctrico Independente

SEN – Sistema Eléctico Nacional

SEP - Sistema Eléctrico de Serviço Público

ss. - seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TFUE ou Tratado – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Troika - Equipa constituída por responsáveis da Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional que negociaram as condições de resgate financeiro em Portugal, que decorreu de Abril de 2011 a Maio de 2014.

UE ou União – União Europeia

Vol. - volume

O corpo desta dissertação ocupa um total de 167.403 caracteres.

## Resumo

Com este trabalho pretendemos elaborar uma análise do regime de produção de electricidade em regime especial em Portugal, sendo que o principal foco cairá no regime remuneratório através das tarifas garantidas ou *feed-in*.

Para isso, num primeiro momento iremos elaborar um escurso pelos diferentes diplomas que regularam o tema em Portugal, analisando quais as garantias conferidas aos produtores de electricidade, e de que forma foram (ou não) salvaguardadas no âmbito das diferentes alterações legislativas.

Numa segunda parte da dissertação iremos analisar se as tarifas *feed-in* se poderão considerar como auxílios de Estado. Devido à inclusão do tema no direito da União Europeia, iremos elaborar uma análise de alguns diplomas e de jurisprudência para sustentar a posição tomada quanto ao regime português.

Por último, e na medida em que a regulação da produção em regime especial tem sofrido diversas mutações ao seu regime remunerativo, propomo-nos a analisar de forma mais cuidada quais as alterações em causa. Iremos analisar quais os motivos para a alteração das garantias remuneratórias dos produtores, sedeados principalmente na crise económica sofrida pelo país, e de que forma poderão essas alterações por em causa a garantia remuneratória dos produtores.

**Palavras-chave:** electricidade, *feed-in-tariff*, remuneração, energias renováveis.

## **Abstract**

In the present work we intend to do an analysis of the production of electricity in special regime in Portugal. We will focus in particular in the remuneration system through the feed-in tariffs.

First, we will excuse throughout different legal diplomas that regulated the special regime in Portugal, exploring which guarantees were conferred to electricity generators throughout the years. We intend to also evaluate how the producers remunerative rights were (or not) protected in the various legislative changes.

In the second part of the dissertation we will examine whether the feed-in tariffs may be considered as State aid. Due to the inclusion of the subject in EU Law, we will analyze EU regulation and case law to support our position about the Portuguese regime.

Finally, and to the extent that the production of electricity in special regime has undergone several changes to its remunerative regime in the last few years, we propose to analyze more carefully the amendments in question. We will scrutinize the reasons that based the amendments in question, which are mainly based on the economic crisis suffered by the country. We will also examine how those changes may jeopardize the remunerative rights of the producers.

**Keywords:** electricity, feed-in-tariff, renewable energy.

## **1 Considerações introdutórias e pertinência do tema**

A energia eléctrica tem, hoje em dia, um papel preponderante nas nossas vidas. Numa brevíssima análise das nossas actividades quotidianas, podemos verificar que a electricidade se encontra presente numa variedade delas: das indústrias, das infra-estruturas, dos transportes, dos hospitais e até de diversas actividades de lazer. Nas últimas décadas, devido à exploração das potencialidades da electricidade, podemos observar inúmeros avanços tecnológicos, avanços esses que modificam substancialmente os nossos hábitos e rotinas, e melhoram a nossa qualidade de vida. Os factores acima enunciados fazem com que a electricidade seja hoje uma peça fundamental no desenvolvimento de novas tecnologias e com que nos tornemos progressivamente mais dependentes desta energia.

Neste sentido, demonstra-se a pertinência do tema: importa analisar qual a valoração, à luz do Direito, da produção de electricidade, sendo que o foco desta dissertação incide na produção em regime especial.

Nos últimos anos o regime de produção de electricidade em regime especial tem sido alvo de diversas mutações, parte delas devido a alterações legislativas resultantes da adequação da legislação portuguesa a directivas da União Europeia, outras devido a condicionalidades económicas sofridas no país.

Num contexto de fortes alterações legislativas importa averiguar quais as alterações verificadas ao regime remuneratório garantido, de que forma estas alterações diminuíram as garantias dos produtores, e qual o impacto das mesmas na diminuição dos custos com o sector eléctrico nacional, questões estas que iremos desenvolver neste trabalho.

Pretendemos, assim, estabelecer uma síntese das maiores questões relacionadas com o regime remuneratório garantido, percorrendo os

caminhos do legislador numa tentativa de enquadramento crítico das questões acima enumeradas no âmbito do Direito.

Para tal cumpre, num primeiro ponto do trabalho, analisar e compreender a evolução do próprio sector eléctrico português: as actividades compreendidas na cadeia de valor, a distinção entre as actividades reguladas e aquelas que são exercidas em regime concorrencial, de que forma se proporcionam aos respectivos agentes a recuperação do investimento e de os proveitos, e a inserção do mercado português em mercados de maior dimensão, nomeadamente o MIBEL e o mercado único da União Europeia, tal como as consequências que daí provêm.

Num segundo ponto, e sobre a égide do contexto de crise económica que já referimos, afigura-se relevante aferir se a remuneração garantida dos produtores em regime especial, através de tarifas *feed-in*, poderá ser considerada como um auxílio de Estado.

Por último, iremos abordar a questão da diminuição das garantias dos produtores, por via das alterações legislativas e verificar se existe uma violação do princípio da confiança constitucionalmente protegido.

Importa ter em conta que o tema que tratamos é multidisciplinar, ou seja, o seu tratamento envolve a apreciação simultânea por outras áreas, nomeadamente a economia e engenharia, para uma melhor resolução dos problemas em questão. Tendo igualmente em conta que o Direito raramente constitui uma ilha isolada, abstraída de uma envolvente repleta de outras áreas e saberes, tentaremos fazer uma exposição dos temas acima enunciados numa perspectiva crítica, cingindo a nossa análise ao âmbito do Direito.

## 2. Breve elucidação quanto à produção de energia eléctrica em Portugal: a relevância das fontes de energia renováveis.

A estratégia tomada a nível da EU relativamente à produção de energia eléctrica assenta, desde há algumas décadas, no fomento das energias renováveis<sup>6</sup>. As fontes de energia renováveis são definidas a nível da União Europeia na Directiva 2010/31/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 2010 (Directiva 20-20-20), no seu artigo 2.º, n.º 6<sup>7</sup>.

Apesar da promoção das energias renováveis entre nós, os dados relativos à percentagem de produção de origem renovável em Portugal não indicam um aumento sólido e consistente da produção com base nessas fontes.

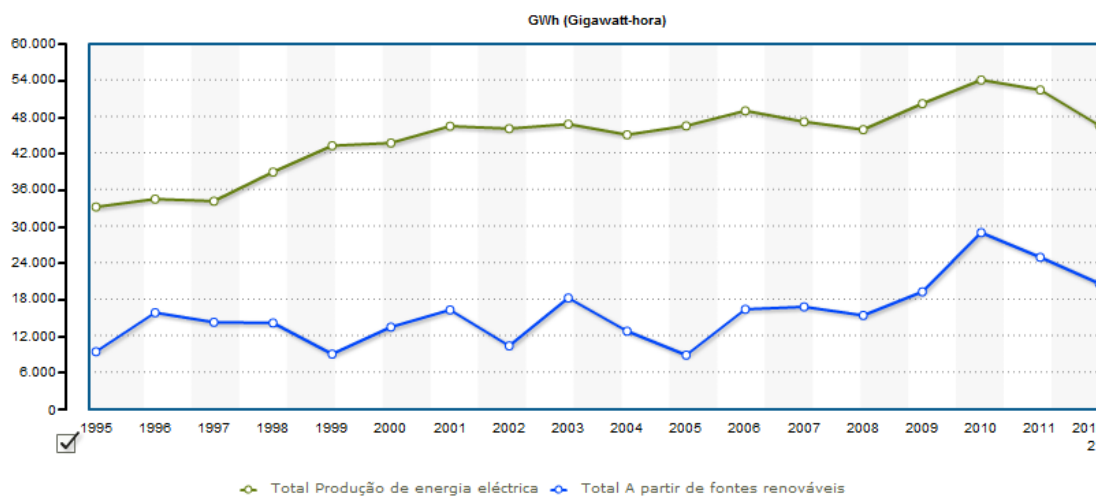


Figura 1 – Comparação entre a produção total de energia eléctrica e produção total de energia proveniente de FER  
(Fontes/Entidades: DGEG/MEE, PORDATA 2014)

<sup>6</sup> Remetemos o leitor para o capítulo 3.2 da presente dissertação, onde trataremos os três pacotes energéticos elaborados pela União Europeia, assim como a transposição das respectivas directivas para o ordenamento jurídico português.

<sup>7</sup> “«Energia proveniente de fontes renováveis», a energia proveniente de fontes não fósseis renováveis, nomeadamente eólica, solar, aerotérmica, geotérmica, hidrotérmica e dos oceanos, hídrica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de águas residuais e de biogases”.

Realizando uma comparação entre a produção total interna com a produção proveniente de FER presente na Figura 1. podemos verificar a existência de um grande fosso entre as mesmas, justificado pelo recurso a energias fósseis.

Na leitura dos dados relativos à percentagem de produção energética a partir de FER, verificamos igualmente a inexistência de um padrão produtivo ao longo dos anos, sendo que pela leitura do gráfico observamos movimentos ascendentes e descendentes na percentagem.

Tendo em conta o flagrante problema de dependência energética do país, podemos verificar pela leitura da Figura 2. que a produção de energia a partir de FER influencia a diminuição da dependência energética do país. Da leitura da Figura 2. verificamos um decréscimo gradual da dependência energética até 2008, ano em que se regista uma pequena subida na produção de energia eléctrica a partir de FER. O decréscimo mais acentuado regista-se em 2010, ano em que simultaneamente na Figura 2. podemos verificar a maior percentagem de produção eléctrica a partir de FER.



Figura 2 – Dependência energética portuguesa  
(Fonte: APA/DGEG 2013)



Concluindo, os factos aqui apresentados são suficientemente elucidativos quanto ao quadro energético português no que respeita à produção eléctrica, marcado por uma presença ainda tímida das energias renováveis no total produtivo português. É por isso fundamental que se introduzam alterações na política energética nacional que contrariem a forte dependência energética face ao exterior, apresentando-se as FER como uma alternativa às energias convencionais, devido ao potencial renovável do país, à sua disponibilidade, e ao facto terem menores impactos ambientais.

Nesse contexto, é notória a importância que o regime especial de produção tem no contexto da política nacional para o sector eléctrico. Importa ressaltar que o regime especial de produção é aplicável a FER e outras fontes de natureza endógena, tendo como pedra de toque o regime remuneratório garantido, uma forma de incentivo à produção, tema que será abordado com pormenor no decurso de a dissertação<sup>8</sup>.

Importa ainda referir a importância dos compromissos firmados a nível internacional pelo Estado Português.

O programa Europa 20-20 é disso exemplo: assumido a nível da União Europeia, este programa visa o cumprimento de metas a nível de política ambiental e energética. Metas essas que estabelecem a redução no espaço europeu, até 2020, pelo menos, 20% das emissões de gases com efeito de estufa, e em 20% o consumo energético relativamente a 1990, subscrevendo ainda, como meta mínima e vinculativa a todos os Estados, que 20% desse consumo seria a partir de energias renováveis.

Portugal estabeleceu um compromisso ainda mais ambicioso<sup>9</sup>, estabelecendo a sua meta para que 31% de o consumo final fosse realizado a partir de energias renováveis. Tendo em conta os dados aqui

---

<sup>8</sup> Vide capítulo 4 da presente dissertação.

<sup>9</sup> Através da aprovação e envio à Comissão Europeia do Plano Nacional de Acção para as Energias Renováveis (PNAER), ao abrigo do artigo 4.º da Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009.

apresentados, podemos facilmente verificar que a os níveis acordados para 2020 não são aqueles actualmente alcançados por Portugal.

### **3. Enquadramento histórico e jurídico do sector eléctrico nacional**

#### **3.1 Período anterior à liberalização**

O sector eléctrico em Portugal caracterizou-se até à última fase do processo de liberalização (2009-2012) por ter um operador único. Apesar de o operador único marcar a organização do sector eléctrico português do século passado, podemos encontrar nos diplomas que concretizavam a organização do sector eléctrico anteriores ao início do processo de liberalização diferentes formas de actuação e enquadramentos legais para essa figura.

No período anterior a 1975 verificamos que as actividades de produção e transporte de electricidade em Portugal estavam integradas nas atribuições do Estado, enquanto serviço público, e cuja obrigatoriedade de prestação era assegurada pela celebração de contratos de concessão com empresas privadas.

A ruptura de regime iniciada em 1974 veio alterar o paradigma de organização do sector eléctrico português. Procedeu-se à aprovação da Lei nº 2002, de 1974 (Electrificação do País), e do Decreto-Lei nº 205-G/75, de 16 de Abril, que passam a qualificar o sector eléctrico como um encargo do Estado. Num primeiro momento procedeu-se, à nacionalização das empresas do sector eléctrico português existentes à data, que operavam nas diferentes funções da cadeia produtiva, desde a produção, ao transporte e à distribuição. Num segundo passo, reestruturaram-se essas empresas, agregando-as numa única, a Electricidade de Portugal (EDP) - Empresa Pública<sup>10</sup>.

A EDP, E.P. torna-se detentora de direitos exclusivos sobre todas as fases do processo de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade. Esta atribuição de competências

---

<sup>10</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.º 502/75, de 30 de Junho.

conduziu à criação de um monopólio público no qual todas as actividades da cadeia de valor da electricidade estavam entregues a uma empresa pública e verticalmente integrada, e em regime de exclusividade. Com a criação deste monopólio de direito público o Estado passa a ter centrados em si os papéis de accionista, produtor e regulador do sector eléctrico.

A postura intervencionista do Estado relativa ao sector eléctrico subsistiu até ao final da década de 80 do século passado, sendo verdadeiramente ultrapassada com a adesão de Portugal à CEE.

### **3.2 Processo de liberalização**

A par da tendência sentida em muitos países da Europa, Portugal iniciou, no final da década de 80 do século passado, uma inversão da sua anterior tendência, com vista a minorar a actuação do Estado face aos mercados de energia. O surgimento da conceptualização de uma nova estrutura a nível internacional, assente na descentralização e eficiência dos mercados concorrenciais, juntamente com a falência das teorias político-económicas de cariz intervencionista e avanços tecnológicos, proporcionaram um contexto favorável a essa alteração de paradigma<sup>11</sup>.

O processo de liberalização surgiu entre nós fortemente motivado pela adesão à CEE, cujo pilar de intervenção era a criação e manutenção de um mercado único. A liberalização do sector e integração do mesmo no mercado único era vista como uma possibilidade de potenciar o balanço energético da comunidade, simultaneamente contribuindo para a

---

<sup>11</sup> Cfr. CLÁUDIA DIAS SOARES e SUZANA TAVARES DA SILVA, Direito das Energias Renováveis, Almedina, pp.129 e ss.

coesão social e económica, e harmonização entre os Estados-Membros<sup>12</sup>.

Logo após a conclusão do processo de adesão à CEE, foram prontamente tomadas medidas para ir de encontro às pretensões firmadas pela mesma: com a publicação do Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro<sup>13</sup>, que possibilitou a intervenção de privados no sector, com a aprovação de o Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de Janeiro, que veio alterar a natureza jurídica da EDP, E. P, convertendo-a de pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado, sob o estatuto de sociedade anónima de capitais públicos, e procedeu igualmente à desintegração vertical outrora detida pela EDP.

Apesar de as bases da liberalização terem sido adoptadas logo após a adesão à CEE, na verdade as derradeiras medidas para a sua prossecução demoraram quase uma década a ser aprovadas, com a transposição de a Directiva 96/92/CE para o ordenamento português<sup>14</sup>.

Com o objectivo de harmonização e liberalização do mercado único de energia da UE foram adoptados, entre 1996 e 2009, três pacotes consecutivos de medidas legislativas que abordam estratégias relativas ao acesso ao mercado, a transparência e a regulamentação, a protecção dos consumidores, o apoio à interligação e os níveis de fornecimento de electricidade<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Vide Directiva 90/547/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1990, considerando 3 e 4.

<sup>13</sup> Veio alterar a Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, a Lei de Delimitação dos Sectores, que previa a proibição do acesso às actividades económicas de produção, transporte e distribuição da energia eléctrica para consumo público a empresas privadas ou outras entidades da mesma natureza.

<sup>14</sup> Que será alvo se estudo no ponto 3.2.1 deste trabalho, a propósito da aprovação do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março.

<sup>15</sup> Devido à necessidade de delimitação do tema da dissertação, a exposição seguinte será limitada ao mercado da energia eléctrica, sendo que não iremos abordar o processo de liberalização referente ao mercado do gás.

### **3.2.1 O primeiro pacote energético**

Com a aprovação da Directiva 96/92/CE (primeiro pacote energético), Portugal elaborou uma alteração legislativa<sup>16</sup> com vista à transposição da Directiva *supra* citada, que iria alterar o cerne do sector eléctrico, ao comportar uma dicotomia entre dois subsistemas. O sector eléctrico português dividia-se agora entre o SEP, Sistema Eléctrico de Serviço Público, e o SEI, Sistema Eléctrico Independente.

O primeiro subsistema tinha os produtores e clientes vinculados como figuras chave, num contexto marcado pela figura da concessão. Já o segundo era caracterizado pela existência de um mercado concorrencial e formação de preços de mercado, em que os clientes poderiam adquirir energia eléctrica no mercado ou directamente aos produtores independentes. Os produtores em regime especial foram ainda divididos entre produtores de energias renováveis e produtores de energia através de processos de co-geração.

### **3.2.2 O segundo pacote energético**

O segundo pacote energético surgiu com a Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu, de 26 de Junho, que teve um papel fulcral no processo de liberalização português. Esta Directiva vem fomentar as condições necessárias para a criação de um mercado único, através da introdução de instruções quanto às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade, impondo a liberalização da actividade de produção, e introduzindo a figura do fornecedor de último recurso e o acesso regulado à rede por via de tarifas<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Por via do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março.

<sup>17</sup> Vide considerados 5 a 7, 18, 21, 24, e 26 da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu.

No decorrer das recomendações da Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu, o governo português estabeleceu, por via da Resolução do Conselho de Ministros nº 169/2005, os objetivos para o sector da energia em Portugal. Os objetivos passavam pela diversificação das fontes de energia, uma maior preocupação ambiental e a promoção da competitividade.

A Directiva foi transposta para o ordenamento jurídico português em 2006, através do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro<sup>18</sup>, que estabelece as bases gerais da organização e funcionamento do SEN, assim como as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade e à organização dos mercados de electricidade. As bases do sistema são desenvolvidas pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto<sup>19</sup>, que veio instituir os procedimentos do licenciamento para a produção em regime ordinário, as concessões da Rede Nacional de Transporte e as redes de distribuição e comercialização de electricidade.

Simultaneamente à alteração de panorama gerada pela Directiva 2003/54/CE, também a implementação do MIBEL contribuiu para o processo de liberalização. Iniciada com a celebração do Protocolo de Colaboração, do Acordo para a Constituição de um Mercado Ibérico de Electricidade e do acordo no âmbito da Cimeira Luso-Espanhola de Santiago de Compostela, celebrados entre Portugal e Espanha, implicou a criação das condições necessárias à total implementação do Mercado Ibérico de Electricidade (MIBEL), que assenta nos princípios da livre concorrência, da transparência, da objectividade e da eficiência para prover os vários agentes do mercado de igualdade de oportunidades e

---

<sup>18</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de Março, pelo Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de Maio e pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

<sup>19</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 237-B/2006, de 18 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho, pelo Decreto-lei n.º 23/2009, de 20 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, e pela Declaração de Rectificação n.º 73/2012, de 5 de Dezembro.

de condições de acesso, tanto do lado da oferta como da procura, e na harmonização ibérica para a regulação e redes de transporte de energia.



### 3.2.3 O terceiro pacote energético

A Directiva 2009/72/CE, de 13 de Julho justifica a terceira grande alteração legislativa a nível da União, que visa primordialmente garantir condições para a liberalização efectiva do mercado da energia eléctrica. Esta Directiva ditou a separação efectiva entre as actividades que englobam o SEN. Por se verificar que as regras em matéria de separação jurídica e funcional prevista na Directiva 2003/54/CE não foram suficientes para assegurar a separação efectiva das diferentes actividades que compõem as operações da rede eléctrica, e por se verificar, de igual modo, que essa inexistência colocava o mercado único em causa<sup>20</sup>, foram adoptadas novas medidas de forma a solucionar a questão. A solução adoptada visou a salvaguarda de dois interesses contrastantes: por um lado, a garantia de um fornecimento pronto e adequado de energia eléctrica, por outro, a livre concorrência e manutenção do mercado único. Dessa forma prevê-se na Directiva a atribuição ao proprietário da rede a obrigação de desempenhar a função de operador de rede, garantindo simultaneamente a independência do mesmo quanto às actividades de produção e distribuição. Preveem-se ainda outros mecanismos para assegurar a independência total das operações de rede, relativos à confidencialidade da informação relativa às actividades de produção e comercialização.

Estabelece ainda medidas tendentes ao apoio da livre concorrência, reforçando a supervisão reguladora, através da atribuição de novas competências aos reguladores nacionais, como aos reguladores *supranacionais* (Agência de Cooperação dos Reguladores da Energia e Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários).

---

<sup>20</sup> Directiva 2009/72/CE, de 13 de Julho, considerando (9), onde a Comissão afirma que “*sem a separação efectiva entre as redes e as actividades de produção e de comercialização (separação efectiva), há um risco inerente de discriminação, não só na exploração da rede, mas também no incentivo às empresas verticalmente integradas para investirem adequadamente nas suas redes.*”.

### 3.3 As principais actividades do Sistema Eléctrico Nacional

O Decreto-Lei n.º 29/2006<sup>21</sup> e o Decreto-Lei n.º 172/2006<sup>22</sup> nas versões alteradas e republicadas constituem ainda hoje o quadro legal de referência do sector eléctrico nacional.

O actual SEN consiste numa estrutura integrada que contempla a coexistência de actividades reguladas e não-reguladas, englobando a produção, transporte, distribuição, comercialização de energia eléctrica, e ainda a operação dos mercados organizados de electricidade, e a operação logística de comercializador.

Neste ponto, serão referidas todas as actividades da cadeia produtiva, o que não obsta a uma explicação mais pormenorizada da actividade de produção em regime especial, tratada individualmente na secção seguinte, que, devido à sua relevância quanto ao tema em apreciação, carece de um tratamento mais extenso.

#### 3.3.1 Produção

A actividade de produção de electricidade encontra-se liberalizada e submetida a controlo prévio através da emissão de licença ou através de comunicação prévia<sup>23</sup>. A produção de electricidade divide-se em dois regimes: regime ordinário e regime especial. O regime especial corresponde à produção de electricidade a partir de fontes endógenas e FER, exceptuando grandes centrais hidroeléctricas. A produção em regime especial está sujeita a diferentes requisitos de licenciamento, e beneficia de tarifas especiais<sup>24</sup>, o regime de remuneração garantida ou *feed-in-tariff*, como enunciaremos com maior detalhe na próxima secção.

---

<sup>21</sup> Actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

<sup>22</sup> Actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

<sup>23</sup> Vide artigo 4º e 33º-D do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

<sup>24</sup> Dependendo da adopção do regime remuneratório garantido, vide artigo 33º-G, n.º3, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

O regime ordinário é delimitado por um critério de subsidiariedade: abrange todas as fontes de produção não abrangidas pelo regime especial, sendo feita menção específica às grandes centrais hidroeléctricas. A produção em regime ordinário está dependente da emissão de licença de produção e licença de exploração que, uma vez emitidas, possibilitam a venda da electricidade produzida mediante contratos bilaterais celebrados com os retalhistas ou com os clientes finais, ou participando nos mercados organizados, nomeadamente os do MIBEL.

O MIBEL comporta essencialmente dois grandes mercados organizados: o mercado *spot* e o mercado *forward*. No mercado *spot*, gerido pelo OMEL, verifica-se a compra e venda de electricidade que resulta do encontro entre a oferta e a procura para uma determinada hora. No mercado *forward*, que é gerido pelo OMIP, ocorre a transacção de energia eléctrica e a fixação de preços para entregas futuras, não se verificando uma transacção física de energia.

O papel do Estado surge, relativamente à produção de energia eléctrica, como uma figura de garante: cabem-lhe tarefas de fomento, nomeadamente através das decisões políticas, para assegurar as condições necessárias ao progresso do mercado liberalizado. A iniciativa encontra-se nas mãos dos privados, e é alvo de monitorização<sup>25</sup> pelo Estado e, caso se verifique que o investimento privado não é suficiente para suprir as necessidades de electricidade dos consumidores finais, é o Estado, pela via dos concursos públicos<sup>26</sup>, que promove o investimento necessário para alterar a situação<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Vide artigo 63.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>26</sup> Vide artigo 64.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>27</sup> Vide artigo 64.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

### 3.3.2 Transporte

O transporte de electricidade é uma actividade sob regime de concessão de serviço público, exercida em exclusividade por uma única entidade<sup>28</sup>.

A empresa concessionária da RNT tem como competências a gestão técnica global do sistema, assim como a coordenação do sistema entre as instalações de produção e de distribuição, de forma a garantir o fornecimento contínuo e a eficácia do mesmo. A concessão da exploração da RNT foi atribuída à empresa Redes Energéticas Nacionais S.A. (REN)<sup>29</sup>, passando esta a ser a única entidade de transporte de electricidade em Portugal continental. Assim, a REN fica encarregue de planear, construir, operar e manter a RNT, sendo que o regime tarifário prevê que os custos associados sejam suportados por todos os intervenientes na rede<sup>30</sup>.

### 3.3.3 Distribuição

A actividade de distribuição rege-se pela exploração de duas redes distintas, a rede nacional de distribuição (RND), que corresponde a uma rede de altas e médias tensões, e as redes de distribuição em baixa tensão<sup>31</sup>. A rede nacional de distribuição em alta e média tensão é explorada perante uma concessão única e exclusiva, exercida em regime de serviço público, e atribuída pelo Estado. Actualmente em Portugal continental a concessão pertence à EDP Distribuição<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Vide artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>29</sup> Através do Decreto-Lei n.º 182/95 e do Decreto-Lei n.º 185/95, ambos de 27 de Julho, e do respectivo contrato de concessão.

<sup>30</sup> Cfr. NUNO OLIVEIRA GARCIA e INÊS SALEMA, "As Taxas de Regulação Económica no Sector da Electricidade", em As Taxas de Regulação Económica em Portugal, SÉRGIO VASQUES (coord.), Almedina, pp.271 e ss.

<sup>31</sup> Vide artigo 31.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>32</sup> Por via do regime transitório previsto no artigo 70.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

Já as redes de baixa tensão são exploradas pelos Municípios, podendo também ser exploradas através de contratos de concessão estabelecidos entre os municípios e a EDP Distribuição.

São competências da concessionária exclusiva da RND, assegurar a exploração e a manutenção da rede de distribuição em condições de segurança, de fiabilidade e de qualidade de serviço, o que passa por uma análise constante dos fluxos de energia eléctrica na rede, assegurando o bom funcionamento das interligações com as instalações dos clientes. À semelhança do que sucede com a actividade de transporte, a actividade de gestão e manutenção da rede de distribuição é assegurada através de tarifas reguladas.

As tarifas reguladas irão espelhar a aditividade do sistema tarifário: cada segmento de actividade vai imputar os seus custos de actividade, repercutindo-os no consumidor final, juntamente com uma percentagem de margem de lucro a obter pelos operadores do segmento em causa. O princípio da aditividade tarifária pressupõe que existirá uma cascata tarifária, em que cada segmento irá liquidar a tarifa paga na tarifa final do consumidor<sup>33</sup>.

### **3.3.4 Comercialização**

A comercialização centra-se num regime de liberdade concorrencial, em que a actividade está submetida a licenciamento prévio<sup>34</sup>.

Os agentes que pretendam exercer a actividade de comercialização de electricidade têm de se reger por um conjunto de

---

<sup>33</sup> Cfr. NUNO OLIVEIRA GARCIA e INÊS SALEMA, "As Taxas de Regulação Económica no Sector da Electricidade", em As Taxas de Regulação Económica em Portugal, SÉRGIO VASQUES (coord.), Almedina, pp.271 e ss.

<sup>34</sup> Vide artigo 42.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

direitos e deveres<sup>35</sup>, destinadas a garantir a transparência na actividade e a segurança dos consumidores, estando obrigados a assegurar determinados níveis de qualidade e de abastecimento. Após a atribuição da licença de comercialização, o agente passa a estar habilitado a comprar e vender electricidade livremente, tendo para o efeito acesso às redes de transporte e de distribuição indiscriminado, mediante o pagamento de tarifas reguladas. A actividade de comercialização num mercado liberalizado pressupõe que todos os consumidores são elegíveis, ou seja, assiste-lhes o direito de escolher livremente o seu fornecedor de energia, sem quaisquer encargos adicionais<sup>36</sup>. A isenção de custos contratuais associados à mudança de comercializador surge como um corolário do mercado liberalizado<sup>37</sup>.

Não obstante à existência do regime de livre concorrência, ao qual chamamos de comercialização livre, esta igualmente prevista a existência de uma comercialização de último recurso, sendo essa aquela que para além da sujeição à obtenção de licença, encontra-se especialmente vinculado às obrigações de serviço público universal<sup>38</sup>, nomeadamente a compra de electricidade aos produtores em regime especial sob regime especial remuneratório (independentemente da procura), e o abastecimento aos clientes em BT que o solicitem. Presentemente, é a EDP Serviço Universal, que actua como comercializador de último recurso do SEN.

### **3.3.5 Gestão de mercados organizados**

---

<sup>35</sup> Vide artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

<sup>36</sup> Vide artigo 53.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>37</sup> Explicitamente previsto como um direito dos consumidores, artigo 53.º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>38</sup> Vide artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 172/2006, e artigo 46.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 29/2006.

O exercício da actividade de gestão de mercados organizados visa gerir as diferentes modalidades de contratação, tornando mais expedito o encontro da oferta e procura, em determinado mercado organizado. O exercício carece unicamente de autorização<sup>39</sup>, e inclui deveres de gestão de contratação de electricidade<sup>40</sup>, são exemplos a garantia de que estes mercados sejam dotados de serviços adequados de liquidação, de divulgação de informação relativa ao funcionamento transparente e não discriminatório dos mesmos, e de comunicação ao operador da RNT de toda a informação relevante para a gestão técnica do SEN e para a gestão comercial da capacidade de interligação.

O operador logístico de mudança de comercializador está encarregue da gestão do processo de mudança de comercializador, cabendo-lhe gerir, nomeadamente, os equipamentos de medida e recolha de informação local ou à distância, assegurando a livre escolha dos consumidores e que dela não derive qualquer contrapartida<sup>41</sup>. O operador deve actuar de forma independente de outras entidades que prossigam actividade no SEN, e ser dotado de competências, recursos e estrutura que o permitam prosseguir a sua actividade.

### **3.3.6 Regulação**

Relativamente à actividade de regulação do SEN, esta é desempenhada por várias entidades em articulação e cooperação. Importa ressaltar que, apesar das entidades administrativas abaixo descritas terem um papel central na regulação e supervisão do sector, existem outras entidades, ao exemplo da CMVM, que detêm competências genéricas não afastadas pelas atribuições destas.

---

<sup>39</sup> Vide artigo 56.º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

<sup>40</sup> Cfr. artigo 57.º, n.º2, do do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

<sup>41</sup> Cfr artigo 58.º, do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

Em primeiro lugar surge a ERSE, que detêm competências de regulatórias nos sectores da electricidade e do gás natural<sup>42</sup>. No âmbito da electricidade, a ERSE regula as actividades de transporte, de distribuição, de comercialização de último recurso, a operação logística de mudança de comercializador<sup>43</sup>, e de gestão de mercados organizados sujeitos a regulação.

Em segundo lugar, a Direcção Geral de Energia e Geologia (DGEG). No âmbito das FER, tem como principais competências a concessão de licenças para a actividade da produção em regime especial<sup>44</sup>.

Esta entidade tem também a função de monitorizar a segurança do abastecimento energético.

Por último, a Autoridade da Concorrência, que supervisiona a aplicação das regras da concorrência ao sector<sup>45</sup>.

Do estudo da repartição de competências associadas SEN, podemos verificar que liberalização não aparece entre nós como sinónimo de desregulação. Portugal é disso bom exemplo, na medida em que coexistem actividades reguladas e não-reguladas.

As funções de regulação e supervisão são asseguradas por diversas entidades independentes, que coordenam entre si esforços para assegurar condições que promovam um ambiente semi-concorrencial, sem descuidar os interesses dos consumidores.

---

<sup>42</sup> Artigo 1.º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho.

<sup>43</sup> Artigo 3.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de Junho.

<sup>44</sup> Artigo 33.º-H, n.º2, do Decreto-Lei n.º 172/2006.

<sup>45</sup> No âmbito da competência sectorial, ao abrigo do artigo 1.º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.



#### **4. Produção eléctrica em regime especial: o regime remuneratório garantido (FIT) e a sua evolução;**

A produção eléctrica em regime especial encontra-se previsto no Decreto-Lei n.º 29/2006<sup>46</sup>, desenvolvido no Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto<sup>47</sup>, pela redacção do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

A delimitação de qual o regime aplicável a determinada produção é feita a partir de uma triagem das fontes utilizadas. A energia produzida a partir de FER e fontes endógenas beneficia da aplicação do regime especial, enquanto todas as outras fontes serão abrangidas pelo regime ordinário<sup>48</sup>.

Uma produção em regime especial pode, contudo, seguir um de dois regimes remuneratórios: regime remuneratório geral ou especial<sup>49</sup>. A escolha do regime remuneratório é da maior importância, pelas consequências que dela decorrem.

Seguindo o regime remuneratório geral, os produtores vendem a sua produção nos termos semelhantes à produção em regime ordinário. Regem-se portanto pelas regras de mercado, podendo vender em mercados organizados ou através contratualização bilateral com consumidores finais.

Já o regime remuneratório garantido é um dos mais conhecidos e difundidos meios de incentivo à produção de energias renováveis<sup>50</sup>.

É concedido ao produtor um preço fixo garantido, variável de acordo com fonte, tecnologia, capacidade da central produtora.

---

<sup>46</sup> Actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro.

<sup>47</sup> Capítulo III, secção I a V do diploma legal.

<sup>48</sup> Artigo 17.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 29/2006, “*Considera-se produção de electricidade em regime ordinário a actividade que não esteja abrangida por um regime jurídico especial de produção de electricidade com incentivos à utilização de recursos endógenos e renováveis, ou à produção combinada de calor e electricidade*”.

<sup>49</sup> Vide artigo 33.º-G, n.º 1, alíneas a) e b), do Decreto-Lei n.º172/2006, de 23 de Agosto, pela redacção do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>50</sup> Todavia existem outro tipo de apoios utilizados a nível do direito comparado: certificados verdes, *feed-in-premium*, isenções fiscais, entre outros.

## **4.1 Especificidades do regime remuneratório garantido**

O regime remuneratório garantido difere do regime remuneratório geral em três pontos fundamentalmente: licenças, tarifas e direitos de venda de energia.

### **4.1.1 Especificidades das licenças**

Relativamente às licenças, uma produção que siga um regime remuneratório garantido terá um requisito suplementar no procedimento de licenciamento para iniciar a actividade, visto que dependerá da atribuição de reserva de capacidade na RESP<sup>51</sup>, cumulativamente à licença de produção e exploração (já exigida para a produção que siga regime remuneratório geral). O regime de atribuição da reserva de capacidade na RESP encontra-se desenvolvido na Portaria nº 243/2013 de 2 de Agosto, que prevê a atribuição através de procedimento concursal ou similar<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Vide artigo 33.º-G, n.º 3, 4, 5 do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, pela redacção do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>52</sup> Vide artigo 5.º da Portaria n.º 243/2013, de 2 de Agosto.

#### **4.1.2 Especificidades das tarifas**

Quanto às tarifas, os produtores em regime remuneratório garantido beneficiam de uma tarifa mais vantajosa, a *feed-in-tariff* ou FIT. Esta consiste num incentivo baseado no preço de produção de electricidade a partir de fontes renováveis. O regulador fixa a FIT num valor total de remuneração por unidade de electricidade paga ao produtor por um período temporal pré-determinado, sendo que a remuneração por unidade de electricidade é variável de acordo com a fonte, tecnologia ou capacidade do centro electroprodutor<sup>53</sup>.

#### **4.1.3 Especificidades quanto aos direitos de venda**

Quanto aos direitos de venda, o regime especial português permite que os produtores possam vender a electricidade aos comercializadores de último recurso, os quais são obrigados a comprar energia produzida sob esse regime<sup>54</sup>, independentemente da procura existente. O direito do operador de regime especial, bem como a correspondente obrigação do comercializador de último recurso, não limitam, contudo, a possibilidade dos produtores em regime especial venderem a sua energia a outros comercializadores de electricidade e operar no mercado.

Verifica-se ainda que os produtores de electricidade em regime especial têm prioridade quanto ao acesso às redes, devendo os operadores da RESP proporcioná-la de forma não discriminatória e transparente, nos termos do artigo 33.º-W, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, pela redacção do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

---

<sup>53</sup> Este ponto será desenvolvido com maior detalhe no capítulo 6 da dissertação.

<sup>54</sup> Conforme estipulado no artigo 55.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 15 de Fevereiro pela redacção do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

## **4.2 A evolução do regime remuneratório garantido em Portugal**

O regime remuneratório garantido é actualmente um regime unificado, mas nem sempre foi essa a opção do legislador.

Na óptica da criação de um regime unificado, o Decreto-Lei n.º 215-B/2012 foi indubitavelmente um instrumento de simplificação do regime, sendo que veio revogar um leque bastante extenso de legislação<sup>55</sup>. A sua importância reside em dois principais aspectos: em primeiro lugar, a sistematização e unificação do regime jurídico aplicável à produção de electricidade em regime especial, independentemente da fonte de energia renovável que estivesse em causa, de forma a consolidar num único diploma e num único regime as várias modalidades de produção; em segundo lugar, a introdução de um alargamento ao regime especial de produção, sendo também aplicável à produção através de recursos endógenos.

### **4.2.1 Regime remuneratório anterior a 2012**

A consagração de um regime especial de produção eléctrica remonta a 1988, com o Decreto-Lei 189/88, de 27 de Maio, que veio estabelecer as regras aplicáveis à produção de energia eléctrica a partir de recursos renováveis, e à produção combinada<sup>56</sup> de calor e electricidade (co-geração).<sup>57</sup> No preâmbulo do diploma são enunciadas as razões motivadoras da crescente preocupação a nível nacional com o pequeno produtor de energia proveniente de FER, estando ligadas aos choques petrolíferos dos anos 70, o crescimento da dependência económica do país e o impulso da CEE. Este diploma legitimou a relevância da utilização de FER no panorama energético português,

---

<sup>55</sup> Cfr. artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>56</sup> Vide artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei 189/88, de 27 de Maio.

<sup>57</sup> CARLA AMADO GOMES, et. al. – Energias Renováveis em Portugal: Evolução e perspectivas, in E-pública Revista Electrónica de Direito Público, número 1, disponível em <http://e-publica.pt/>.

dando especial ênfase às centrais mini-hídricas detidas por pequenos produtores, que até à data auferiam remunerações diminutas que não conseguiam cobrir os investimentos iniciais.

O Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio tem ainda um maior impacto perante a análise do anexo II ao diploma, em que encontramos prevista uma garantia dada aos produtores em regime especial de um direito de venda da sua produção, e uma tarifa bonificada para essa venda, a *feed-in-tariff* (FIT). Surge por meio deste anexo o primeiro incentivo ao desenvolvimento das energias renováveis. Este sistema de incentivos veio estabelecer fórmulas de remuneração bastante vantajosas aplicáveis às centrais electroprodutoras, que incluíam um montante de remuneração variável, que dependeria do tipo de produção em causa, seja hídrica, eólica, solar fotovoltaica, biomassa, valorização dos resíduos sólidos.<sup>58</sup>

O sistema de incentivo previsto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio foi alvo de diversas alterações legislativas, em grande parte motivadas pelas contingências políticas e socio-económicas do país, mas também devido à evolução tecnológica, que conduziram a uma progressiva diminuição dos incentivos à produção através de FER.

Contudo, as alterações legislativas continham regimes transitórios de salvaguarda, que visavam proteger os pequenos produtores que tinham investido na central de produção, e viam os seus lucros diferenciais diminuídos por uma alteração do regime vigente.

Apesar de terem sido realizadas alterações ao regime produtivo<sup>59</sup>, a primeira alteração à estrutura do rendimento dos produtores em regime especial foi realizada pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005 de 16 de Fevereiro. Este diploma alterou significativamente o regime remuneratório garantido

---

<sup>58</sup> CARLA AMADO GOMES, et.al, op.cit, pp.5

<sup>59</sup> Decreto-Lei n.º 168/99, de 18 de Maio que alterou e republicou o Decreto-Lei 189/88, de 27 de Maio e os seus anexos, e o Decreto-Lei n.º 339-C/2001, de 29 de Dezembro, que revogou alguns artigos dos anexos ao Decreto-Lei 189/88, de 27 de Maio.

que subjaz ao regime especial de produção eléctrica, produzindo uma actualização dos valores das variáveis da fórmula remuneratória, e definindo prazo limite para a remuneração garantida em 15 anos, com possibilidade de prorrogação (por mais 10 ou 12 anos, dependendo da fonte de energia renovável em causa)<sup>60</sup>. As centrais licenciadas ao abrigo desde novo regime continuavam com acesso à remuneração garantida, de forma a assegurar o retorno do investimento. Uma vez findo o período de recuperação do investimento, passariam a ser remuneradas através dos preços de mercado.

Não obstante às alterações *supra* citadas, o artigo 4º, n.º 1, do mesmo diploma dispunha que as instalações que à data da entrada em vigor do diploma já tivessem obtido licença de estabelecimento, e aquelas que tivessem tido resposta favorável ao pedido de informação prévia por parte da entidade competente e pedissem licença de estabelecimento no âmbito do mesmo no prazo de um ano após a entrada em vigor do diploma, beneficiariam da aplicação do regime previsto no anexo II ao Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio.

Este diploma introduziu ainda de uma possibilidade de opção pelo novo regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005 de 16 de Fevereiro, perante uma comunicação expressa realizada à entidade então competente, o director-geral de Geologia e Energia.

O mesmo princípio manteve-se com a aprovação do Decreto-Lei n.º 225/2007 de 31 de Maio. O objectivo primordial do diploma era a dinamização da actividade de produção através de FER, procedendo à eliminação das barreiras burocráticas envolvidas no processo de licenciamento, e facilitando o aumento da capacidade instalada das unidades de produção renováveis.

Este diploma veio introduzir novas alterações ao anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio, e ao artigo 4º do Decreto-Lei n.º

---

<sup>60</sup> Nova redacção do Anexo II, artigos 20.º e 22.º, do Decreto-Lei n.º 189/88.

33-A/2005 de 16 de Fevereiro, aditando-lhe um novo número em que estabelecia uma possibilidade de prorrogação do prazo para o requerimento de licenças no contexto de um pedido de informação prévia favorável, permitindo que estas pudessem ainda beneficiar do regime prévio à alteração de 2005<sup>61</sup>.

Estes regimes transitórios foram mantidos pelo legislador no Decreto-Lei n.º 215-B/2012, como dispõe o artigo 15º n.º 3, incluindo um regime de salvaguarda e simultaneamente de uma possibilidade de opção pelo novo regime.

A importância da inclusão de regimes de salvaguarda deriva da necessidade de protecção dos produtores. Na medida em que o licenciamento de determinada produção ocorre na vigência de um diploma que prevê uma garantia remuneratória por 15 anos, deve o regime de salvaguarda assegurar o cumprimento dessa garantia. Isto para que aquele que tenha licenciado uma estrutura produtiva ao abrigo de um determinado regime remuneratório mais favorável, não veja ser-lhe imposto um menos favorável por meio de alteração legislativa posterior, pondo em causa o retorno do investimento realizado.

Esta protecção acrescida dos produtores em regime especial existe para os investimentos dos pequenos produtores, realizados e projectados ao abrigo de um paradigma de remuneração, que, ao ser alterado, irá necessariamente comprometer os lucros diferenciais projectados no início da actividade de produção. Importa ainda referir a protecção pelo princípio constitucional da segurança jurídica e da tutela da confiança<sup>62</sup>, que de outra forma seriam postos em causa.

---

<sup>61</sup> CARLA AMADO GOMES, et.al, op.cit, pp.12

<sup>62</sup> Ínsito no princípio do Estado de Direito, cfr. artigo 2.º da CRP.

#### **4.2.2 Regime remuneratório garantido a partir de 2012**

Como já foi referido, o Decreto-Lei n.º 215-B/2012 foi indubitavelmente um instrumento de simplificação do regime, na medida em que veio unificar o regime aplicável à produção de electricidade em regime especial, independentemente da fonte de energia renovável que estivesse em causa. Dessa forma veio revogar a legislação que regulava a produção de electricidade em regime especial<sup>63</sup>.

O diploma prevê regimes de salvaguarda, à semelhança das anteriores alterações ao regime remuneratório, sendo que prevê no artigo 15.º n.º 3 e seguintes algumas situações de protecção das expectativas dos produtores e assegurar alguma estabilidade do regime remuneratório<sup>64</sup>.

Relativamente aos centros electroprodutores que não se encontram abrangidos pelos regimes de salvaguarda previstos no Decreto-Lei n.º 215-B/2012, e passaram a estar submetidos ao novo regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, importa referir que já foi alvo de uma alteração legislativa por parte do Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Vide artigo 15.º do regime do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>64</sup> Não obstante o legislador diferencia o tratamento dos centros electroprodutores em regime especial cujas licenças foram atribuídas em regime concursal, vide n.º 3 do mesmo artigo, e aqueles cujas licenças não tinham sido atribuídas a partir de regime concursal, vide n.º 5.

<sup>65</sup> Remetemos o leitor para o capítulo 6.2 desta dissertação, onde trataremos com detalhe as alterações elaboradas no âmbito deste Decreto-Lei.



#### 4.2.3 Financiamento da FIT

Compete agora analisar como se processa o financiamento da tarifa *feed-in* paga aos produtores que beneficiam do regime remuneratório garantido.

A liberalização do mercado de energia eléctrica determinou que as actividades de produção e comercialização fossem exercidas em condições de mercado, mas por razões estratégicas mantiveram-se as actividades de transporte e de distribuição reguladas. Simultaneamente, procedeu-se à atribuição de competência à ERSE para a emissão do Regulamento Tarifário<sup>66</sup>, estabelecendo os critérios e métodos para a fixação das tarifas e preços da energia eléctrica e de outros serviços, bem como a fixação dessas tarifas.

O tarifário tem natureza aditiva<sup>67</sup> o que significa que cada consumidor paga uma tarifa que resulta da adição das tarifas elementares que se situam a montante do seu nível de tensão de ligação. Na prática, o cliente final pagará a imputação em cascata dos custos que fez o sistema incorrer, sendo calculados através de uma adição das tarifas por actividade da cadeia de valor do sector eléctrico.

Para o financiamento da remuneração mínima garantia é tido em conta o preço pago pelo bem por parte do consumidor final a quem o comercializador de último recurso está adstrito, acrescido a um valor proveniente de a tarifa por uso global do sistema. A tarifa por uso global do sistema tem como objectivo a repercussão dos custos com a gestão do sistema, política energética, ambiental, interesse económico geral,

---

<sup>66</sup> Artigo 66.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>67</sup> Lembremos o princípio da aditividade tarifária, tratado nos pontos 3.3.2 e 3.3.3 do presente trabalho, para onde remetemos o leitor.

manutenção do equilíbrio contratual e custos de manutenção na garantia da potência<sup>68</sup>.

Nesse contexto encontramos no artigo 65.º do Regulamento Tarifário<sup>69</sup>, em vigor desde Dezembro de 2014, que nos diz no seu n.º 2: “*A presente Secção estabelece também a tarifa de Uso Global do Sistema, a aplicar às entregas dos operadores das redes de distribuição [...] ao diferencial de custo com a aquisição de energia elétrica a produtores em regime especial*”. Acresce ainda o artigo 66.º n.º 1, que estabelece a divisão da tarifa por uso global do sistema em duas parcelas, dedicando a parcela II à remuneração da produção em regime especial<sup>70</sup>. Concluimos assim que parte da tarifa de uso global do sistema visa o financiamento de os desvios dos custos de aquisição de energia pelo comercializador de último recurso.

---

<sup>68</sup> NUNO OLIVEIRA GARCIA e INÊS SALEMA, op.cit. pp.283.

<sup>69</sup> Aprovado pelo Regulamento n.º 551/2014, de 15 de Dezembro de 2014.

<sup>70</sup> “Artigo 66.º

*Estrutura geral*

1 - A tarifa de Uso Global do Sistema é composta por duas parcelas em que:

a) A parcela I permite recuperar os custos de gestão do sistema.

b) A parcela II permite recuperar os custos decorrentes de medidas de política energética, ambiental ou de interesse económico geral e os custos para a manutenção do equilíbrio contratual dos produtores com CAE.”.

## 4.2 A inconstitucionalidade da Portaria nº243/2013 de 2 de Agosto

Decorrente da concretização do Decreto-Lei n.º 215-B/2012<sup>71</sup>, é publicada a Portaria n.º 243/2013 de 2 de Agosto, que vem estabelecer o regime jurídico da atribuição da reserva de capacidade de injeção na RESP, visto que passou a ser requisito para o exercício de actividade em regime remuneratório, cumulativamente com a licença de produção e licença de exploração.

Esta Portaria levanta dúvidas quanto à sua constitucionalidade, na medida em que inclui no seu artigo 35.º uma disposição transitória que contém carácter inovador, dispondo contrariamente à prevista no diploma que pretende concretizar<sup>72</sup>.

Dispõe o artigo 35.º, que o regime previsto na mesma Portaria relativo às alterações dos centros electroprodutores, seria subsidiariamente aplicável aos centros electroprodutores regidos pela lei anterior, nos termos do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 215-B/2012. Tendo em conta o amplo sentido dado pela Portaria ao que é considerado uma alteração<sup>73</sup> ao centro electroprodutor, e simultaneamente que um dos requisitos para autorização da alteração solicitada é a apresentação de uma proposta de desconto à tarifa<sup>74</sup>, o regime instituído pela Portaria repercutir-se-á na remuneração do produtor.

Importa todavia saber se a Portaria poderia estar habilitada genericamente pela lei para regular todos os aspectos relativamente ao licenciamento de produção de energia eléctrica em regime especial.

---

<sup>71</sup> Cfr. artigo 33-G.º, n.º 3, do Decreto -Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>72</sup> DUARTE ABECASIS e LOURENÇO VILHENA DE FREITAS – A inconstitucionalidade da aplicação da Portaria N.º 243/2013, de 2 de Agosto aos centros electroprodutores em regime especial sujeitos a regimes de remuneração garantida anteriores ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro, in E-pública Revista Electrónica de Direito Público, número 1, disponível em <http://e-publica.pt/>.

<sup>73</sup> Vide artigo 25.º, n.º 1, da Portaria n.º 243/2013, de 2 de Agosto.

<sup>74</sup> Vide artigo 25.º, n.º 4, in fine da Portaria n.º 243/2013, de 2 de Agosto.

A resposta é prontamente negativa. Essa situação consistiria numa manifestação de um regulamento delegado, ou seja, regulamentos que assumam a função da lei, figura que é inequivocamente proibida a nível constitucional.

Segundo o artigo 112.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa<sup>75</sup> é proibida a modificação de uma lei que seja feita por um acto normativo que seja hierarquicamente inferior à mesma.

Embora a Constituição não elabore de forma clara para todas as situações uma hierarquia das fontes normativas, ela é apontada e desenvolvida pela melhor doutrina constitucional, com um certo grau de convergência. Não é possível tendo em conta o ordenamento jurídico-constitucional português conceber um equi-ordenamento hierárquico<sup>76</sup>.

No caso em questão, a Constituição dá-nos uma solução clara: o carácter *infra* legal dos regulamentos administrativos<sup>77</sup>. Sendo o acto normativo em questão uma Portaria, ou seja, um instrumento normativo de grau inferior ao ocupado pelas leis, esta visaria pormenorizar e complementar a lei, com o intuito de viabilizar a sua aplicação ou execução<sup>78</sup>, e não proceder à sua alteração ou modificação.

Dessa forma surge a dúvida constitucionalidade da Portaria. Existe uma “*reserva constitucional quanto ao domínio das competências legislativas, das formas e da força de lei*”<sup>79</sup>, reserva esta que é violada na medida em que um acto *infra* legal modifica uma disposição da lei que deveria concretizar. Esta violação comina uma inconstitucionalidade formal, e também uma inconstitucionalidade material, na medida em que

---

<sup>75</sup> “Artigo 112.º Actos Normativos

5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.”

<sup>76</sup> Neste sentido, JORGE BACELAR GOUVEIA, Manual de Direito Constitucional, Almedina, Vol II, pp.1239.

<sup>77</sup> Vide artigo 112.º, n.º 7, da CRP.

<sup>78</sup> Vide artigo 199.º, alínea c), da CRP.

<sup>79</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, Coimbra Editora, Tomo V, pp.195

*“o legislador ordinário, arrogando-se a prerrogativa, exclusiva do legislador constitucional, de definir quais os órgãos legislativos, quais as formas de lei e qual a força jurídica que lhes corresponde”*<sup>80</sup>.

Não está em causa neste ponto a apreciação da justiça ou proporcionalidade associada à determinação de quais as situações de alteração de licenças dos centros electroprodutores que deveriam ter um tratamento diferente e ser abrangidas pelo novo regime remuneratório, e outras situações que merecem continuar a beneficiar do novo regime, mas sim a questão de saber se os instrumentos jurídico-legais utilizados para esse fim foram os constitucionalmente correctos. A dualidade de critérios poderia ter sido consagrada validamente, desde que tal medida de diferenciação tivesse sido tomada por lei, logo submetida ao procedimento de aprovação mais garantístico, e observados os critérios e proporcionalidade, necessidade e adequação da medida.

Cumprindo ainda referir que a alteração protagonizada pela Portaria comporta uma diminuição do prazo de garantia remuneratória dos centros electroprodutores visados pela alteração. Isto porque na medida em que a Portaria em causa se considera aplicável aos centros electroprodutores “instalados ou a instalar”<sup>81</sup>, e segundo um requisito para a autorização da alteração é a apresentação de uma proposta de desconto à tarifa, comportará necessariamente uma diminuição da remuneração expectável do produtor a partir desse momento.

A tendência actual no que respeita ao regime de remuneração mínima garantida aponta para uma redução muito significativa e progressiva das tarifas bonificadas e direitos privilegiados de venda, com vista à sua abolição.

---

<sup>80</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, op.cit., pp.195.

<sup>81</sup> Remetendo para a epígrafe do artigo 35.º da Portaria n.º 243/2013.

O mercado de energia eléctrica actual regista um excesso de oferta de produção de electricidade, fortemente motivado por uma redução da procura, decorrente do contexto socio-económico do país.

Também as contingências relacionadas com os compromissos assumidos com os credores internacionais contribuem para a tendência de diminuição das tarifas bonificadas. A eficiência da promoção das energias renováveis representa uma das pedras de toque do Memorando de Entendimento (ME) assinado com a Troika. O ME prevê uma reavaliação geral dos esquemas de apoio à produção de energia eléctrica a partir de FER, fazendo menção expressa à redução das tarifas bonificadas de venda *feed-in*, tema que será desenvolvido numa secção própria deste trabalho.

Os incentivos à produção através de FER sofrerão, assim, um reajustamento, nomeadamente nos parâmetros tarifários, motivados pela procura de incentivos mais equilibrados, enquadrados na dinâmica de mercado. A tendência aponta para a maior procura e incentivo de projectos com custos limitados, pois contribuem para um equilíbrio custo-benefício tendencialmente menos oneroso.

As últimas alterações legislativas tem, pois, um trajecto traçado: a diminuição do peso do Estado Providência no SEN, optando pela imputação do risco dos próximos investimentos relativos à produção eléctrica nos agentes e mecanismos de mercado.

## **5. Regime remuneratório garantido como auxílio de Estado**

Saber se o regime remuneratório garantido deve ser considerado um auxílio por parte do Estado demonstra a maior relevância e interesse, fundamentalmente pelas consequências de regime que dessa classificação decorrem.

Devido à inclusão do tema no direito da União Europeia, fundamentado na possibilidade de a concessão de auxílios de Estado afectar a livre concorrência no mercado único, existe uma necessária restrição e limitação dos casos em que podem ser concedidos.

Por outro lado importa referir que os compromissos assumidos a nível internacional e europeu estabeleceram metas de desenvolvimento energético e ambiental que continuam longe do panorama actual. São exemplos claros o compromisso internacional firmado com o Protocolo de Quioto, e o programa Europa 20-20-20 a nível da União Europeia. Nesses compromissos, o Estado português assume metas de diminuição de GEE e aumento da produção a partir de vias renováveis que continuam longe dos valores verificados. Importa dessa forma saber qual o papel dos Estados-Membros no cumprimento desses objectivos, e de que forma podem contribuir para o incremento da produção energética a partir de FER, sem violar a livre concorrência que impera no mercado único da União Europeia.

Neste contexto, importa averiguar quais os incentivos que constituem auxílios de Estado, bem como o regime aplicável aos mesmos. Dedicaremos uma secção do nosso estudo às tarifas *feed-in* em particular, verificando quais os critérios que as poderão incluir como auxílios de Estado. Por último iremos estudar o caso português, verificando se estamos perante um auxílio de Estado ou não.

## **5.1 O papel do Direito da União Europeia relativamente aos auxílios de Estado**

A restrição e controlo dos auxílios de Estado na área da energia surge intimamente ligada ao processo de liberalização do mercado energético da União Europeia, iniciado em 1996. O processo de liberalização deparava-se com uma estrutura de mercado muito controlada pelos Estados-Membros: pautava-se pela existência de monopólios e oligopólios nacionais e regionais, muitas vezes detidos pelos Estados e legalmente protegidos de qualquer concorrência. Para a existência de um mercado liberalizado a nível da União verificou-se ser necessário o controlo e restrição dos auxílios de Estado, uma vez que a introdução da livre concorrência em mercados anteriormente monopolizados iria naturalmente gerar assimetrias no desempenho das empresas no espaço europeu, cada Estado-Membro iria com igual naturalidade proteger e incentivar a sua empresa de produção nacional.

Nessa forma, os auxílios de Estado são genericamente proibidos, por via do artigo 107.º do TFUE. A proibição genérica dos auxílios de Estado tem como *ratio* a protecção e manutenção do mercado único, e nesse contexto são permitidas algumas excepções ao regime proibitivo.

O princípio geral de proibição previsto no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE existe como um instrumento de política de concorrência da União, não se impondo por si, mas como um instrumento da política comum. Isto é, da letra da lei não resulta uma proibição genérica de todo e qualquer auxílio do Estado, sendo que apenas serão proibidos os auxílios dos Estados-Membros que conciliarem cumulativamente os seis requisitos previstos no artigo 107.º, n.º 1, que iremos analisar na secção seguinte.

Encontramos igualmente nos números 2 e 3 do artigo *supra* citado uma lista ampla de excepções à proibição. O sistema de excepções está talhado de forma algo complexa, sendo que no n.º 2 encontramos os



auxílios que se demonstram compatíveis como o mercado único, logo, de pleno direito. Já no n.º 3 encontramos as excepções condicionadas, aqueles auxílios que podem ser compatíveis com o mercado único, mas que, devido à importância que têm, são objecto de uma apreciação casuística<sup>82</sup>.

A União estabeleceu um mecanismo dualista relativo à atribuição de auxílios por parte dos Estados-Membros: por um lado condicionando-os ao pedido de autorização por parte da Comissão Europeia e, por outro, transferindo as prerrogativas políticas quanto à concessão. A transferência das prerrogativas políticas de concessão é particularmente visível na análise que faremos acerca das Comunicações da Comissão Europeia relativa ao Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente (2008) e relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020, assim como no Regime Geral de Isenção por Categoria, em que são declaradas categorias de auxílios compatíveis com o mercado único.

Porém importa clarificar que não é um objectivo da União o abandono do recurso à intervenção pública na economia através do auxílio a empresas, este deve simplesmente ser realizado de forma criteriosa para que não exista uma distorção do mercado único<sup>83</sup>.

Por último, importa também ressaltar o papel fundamental desenvolvido por parte da Comissão Europeia no controlo e limitação dos auxílios. Todos os auxílios deve ser cautelosamente acompanhados para que sejam monitorizadas as suas consequências no mercado único, e para que simultaneamente sejam minorados os casos de abuso por parte dos Estados-Membros.

---

<sup>82</sup> Vide MANUEL MARTINS, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Princípa, pp.31 e ss.

<sup>83</sup> Vide MANUEL MARTINS, *op.cit.*, pp. 31 e ss.

## 5.2 O conceito de auxílio de Estado

Uma componente prévia à apreciação se estamos ou não perante um auxílio do Estado, é a aferição do que constitui um auxílio por parte do Estado, uma definição de auxílio. Não existe uma definição daquilo que podemos conceber como um auxílio de Estado no Tratado, e essa indeterminação do conceito pode inclusive ser propositada<sup>84</sup>, de forma a ser mais flexível e plástica relativamente ao desenvolvimento do mercado único. É assente, quer na doutrina, quer na jurisprudência da UE, que o conceito de auxílio do Estado se encontra em construção, modelando-se de forma a responder às necessidades dos Estados e das suas economias, e através das decisões administrativas (positivas e negativas) colocadas à Comissão no âmbito da compatibilidade com o Tratado. A nível da jurisprudência do TJUE, verificamos que a tendência do julgador tende para a subsunção ou não de determinado caso ao que o tribunal entende como auxílio, não se preocupando primordialmente na definição do conceito<sup>85</sup>.

Pese embora não ser uma tarefa do que cabe ao julgador, a definição do conceito de auxílio do Estado tem um papel crucial na política concorrencial da União. Isto porque do conceito depende a triagem se determinada medida é deve ou não ser notificada à Comissão.

A indefinição do que é um auxílio do Estado trespassa também para o nível internacional, na medida em que os tratados de comércio internacional são igualmente omissos quando à definição do conceito<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> “The Treaty provides no guidance at all to what constitutes a state aid. This omission may well be intentional. If member States knew that exact scope of the notion of aid, they could easily devise measures which would not satisfy all the requirements of this notion” DESPINA SCHINA, *State Aids under the EEC Treaty – Articles 92 to 94*, ECS Publishing, pp.13.

<sup>85</sup> Vide MANUEL MARTINS, op.cit., pp.50 e ss.

<sup>86</sup> GATT, article XVI, n.º 1 “If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support (...)” remetendo para a ideia de contrapartida financeira dada ao sector ou empresa visado.

Dessa forma, a doutrina centra-se numa tentativa de reconhecimento e identificação dos elementos fundamentais de um auxílio por parte do Estado, identificando os elementos conceptuais incluídos no artigo 107.<sup>o</sup>, e aprofundando-os com as decisões do TJUE. Nesse contexto, podemos identificar seis elementos: 1) uma vantagem; 2) concedida por um EM ou através de entidades administrativas com acesso a recursos estatais; 3) a selectividade da medida - o favorecimento de determinadas empresas, sectores ou bens; 4) falseie ou ameace falsear a concorrência; 5) a afectação do comércio comunitário; 6) irrelevância da forma em que dado o auxílio<sup>87</sup>.

### 5.2.1 A existência de uma vantagem

A vantagem para o beneficiário do auxílio constitui uma condição *sine qua non* para a existência de um auxílio. Apenas poderemos considerar que existe um auxílio na medida em que determinada empresa, sector ou bens se encontram favorecidos através de um comportamento do Estado. Para isso devemos ter uma visão lata de vantagem: poderá ser positiva (e.g. através de subsídios monetários) ou negativa (e.g. através de isenções fiscais), unilateral (e.g. atribuição pelo Estado de um subsídio ou de uma isenção) ou bilateral (e.g. através de um contrato que beneficie o agente económico em causa). A atribuição deve ser gratuita, não podendo existir qualquer contrapartida adequada por parte do agente económico relativamente à ajuda dada pelo Estado

88

---

<sup>87</sup> Vide MANUEL MARTINS, op. cit., pp.52.

<sup>88</sup> Vide MANUEL MARTINS, op. cit., pp.52 e ss.

### 5.2.2 Carácter público da medida

Este elemento do conceito remete para a origem do auxílio. Da letra do TFUE decorre que as vantagens concedidas devem-no ser concedidas pelo Estado ou através de recursos estatais.

Este elemento tem vindo a ser interpretado com *grano salis*, tanto por parte da Comissão, como pelo TJUE.

O conceito de Estado para efeito da aplicação do artigo 107.º do TFUE não corresponde ao conceito de Estado enquanto pessoa jurídica. Por isso intervenção pode ser considerada um auxílio do Estado se originada por um serviço integrado na hierarquia da Administração Pública, dotado de autonomia pela lei. Com base no caso *RFA vs. Comissão Europeia*<sup>89</sup> foi aplicada a proibição geral de auxílio do Estado, logo que o Tribunal considerou uma visão ampla de Estado, alegando que a atribuição por parte de uma entidade administrativa regional ou local seria considerada Estado para efeitos da aplicação da proibição prevista no artigo 107.º n.º 1. Este acórdão foi fundamental na delimitação do conceito de Estado para efeitos do artigo 107.º do TFUE, na medida em que englobou qualquer entidade verticalmente integrada na estrutura do Estado, seja ela região ou comunidade autónoma, formas de descentralização administrativa (e.g. as autarquias), ou estados federados. Dai deriva que qualquer auxílio proveniente de uma dessas formas de organização do Estado é imputado como um auxílio do Estado. A adopção desta solução tem como *ratio* um elemento igualitário, isto porque se não fosse essa a posição adoptada criar-se-ia uma desigualdade entre Estados-Membros, na medida em que a adopção de determinada política de gestão territorial a nível constitucional poderia influenciar a existência ou inexistência de um auxílio por parte do Estado. Isto é, se determinado estado unitário tomasse uma medida ela poderia

---

<sup>89</sup> Ac. do TJCE de 14.10.87 proferido no âmbito do processo.º 248/84 RFA vs. Comissão, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

ser considerada ilegal por distorcer a concorrência entre Estados-Membros, já se se tratasse de um Estado federal a mesma medida poderia passar impune apesar do impacto que teria na concorrência.

Existem todavia muitas situações limite estudadas pela doutrina referentes à imputação de determinada ajuda ou auxílio ao Estado: exemplo em que uma empresa parcialmente detida pelo Estado<sup>90</sup>, mas com independência funcional e personalidade jurídica diferente da do Estado, atribui um auxílio que poderá ser lido como proibido nos termos do Tratado. Nesse caso estamos perante um auxílio de Estado indirecto, e a leitura correcta a ter nesses casos é de inexistência de uma necessidade de um carácter exclusivamente público do auxílio, ou tão-pouco a necessidade de um carácter predominantemente público do auxílio. Para considerar aquele auxílio como público basta a verificação do requisito de existência de um cunho do poder público na atribuição do mesmo.

Essa foi a decisão no caso *Steinike & Weinlig vs. República Federal da Alemanha*<sup>91</sup>. Este acórdão veio resolver uma questão prejudicial colocada ao TJCE, e continua a ser uma pedra basilar na jurisprudência da União referente aos auxílios de Estado, em grande parte devido ao seu carácter inovador: neste caso o Estado não tem a gestão directa do auxílio, fazendo-o antes através de outras pessoas jurídicas. São estabelecidos no acórdão dois princípios fulcrais na delimitação, o primeiro, o princípio da irrelevância entre auxílios directos ou indirectos relativamente à sua origem estatal, ou seja, que para a aplicação do conceito de auxílio do Estado é indiferente se o auxílio concedido foi directamente pelo Estado, ou indirectamente por uma outra entidade, desde que gerido e direccionado pelo Estado; o segundo, o princípio da irrelevância da origem dos fundos, que aponta para uma

---

<sup>90</sup> Uma empresa participada, em que o Estado tem participações não maioritárias.

<sup>91</sup> Ac. do TJCE de 23.03.77, proferido no âmbito do processo 78/76, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

interpretação muito abrangente da expressão “recursos estatais” prevista no artigo 107.º, n.º 1. O tribunal considera que, além dos recursos provenientes do erário público, também os recursos provenientes das contribuições impostas ao próprio sector beneficiado podem ser tidas em conta. Isto porque no caso o Tribunal considera que a simples intervenção do Estado na colecta das contribuições, tornando-as obrigatórias e vinculativas às empresas do sector, contaminam essas contribuições como sendo estatais, ou seja, por as contribuições não resultarem da simples associação entre empresas e do seu livre entendimento, mas sim através do carácter vinculativo do poder estatal.

Importa ainda ressaltar que o artigo 107.º é exclusivamente aplicável aos auxílios concedidos pelos EM ou através de recursos estatais, excluindo a sua aplicação aos auxílios concedidos pela União Europeia. Por maioria de razão devem também ser excluídos os subsídios concedidos formalmente por um EM, mas cuja origem dos fundos remonta à União. Isto porque o Estado nessa situação age apenas como um instrumento facilitador quanto a um auxílio gerado pela União, como um executor do um auxílio regulamentado e financiado pela União.

Nesse sentido aponta a decisão do TJCE a uma questão prejudicial<sup>92</sup> levantada por um tribunal alemão, proposta para saber se determinado regulamento relativo aos direitos aduaneiros no mercado de carne bovina, que previa uma isenção atribuível a alguns produtores de países terceiros à União, estaria enquadrado no então artigo 87.º do Tratado (actual 107.º) como um auxílio do Estado. Isto porque o regulamento em causa tinha sido adoptado a nível comunitário, mas dele constava a atribuição de um poder discricionário aos EM, que teriam

---

<sup>92</sup> Ac. do TJCE de 13.10.82, proferido no âmbito do processo 213/81 Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will, Trawako, Transit-Warenhandels-Kontor GmbH & Co., and Gedelfi, Großeinkauf GmbH & Co., vs Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordeung, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

poder decisório relativamente à escolha dos produtores que deveriam beneficiar da isenção.

No entendimento do Tribunal, as vantagens em causa decorrem da aplicação do regulamento, e não poderiam ser imputadas ao EM por não decorrerem de direito nacional ou actos da administração, mas sim do Regulamento comunitário que previa a isenção de determinados produtores em detrimento de outros.

### 5.2.3 Selectividade da medida

Este critério dita que a existência de um auxílio do parte do Estado só pode assim ser considerado na medida em que beneficie apenas uma empresa, sector ou bem. A ideia que subjaz à existência da selectividade da medida afasta liminarmente qualquer medida de carácter geral a nível económico (e.g. desvalorização da moeda)<sup>93</sup>.

Não obstante, são incluídas no espectro do disposto no artigo 107.º do TFUE as ajudas de carácter geral, aquelas que “*não se dirigem em especial a uma empresa determinada ou a várias empresas determinadas, antes dirigem-se a um conjunto de operadores económicos*”<sup>94</sup>. As ajudas de carácter geral são divididas pela doutrina em quatro grupos: o primeiro, as ajudas sectoriais, que se verificam quando o Estado procede a um auxílio generalizado a todos os operadores económicos de um determinado sector; o segundo, as ajudas regionais, que ocorrem quando o Estado proporciona o auxílio de empresas que se encontrem em determinada região geográfica delimitada; o terceiro grupo, as ajudas horizontais, aquelas que se qualificam por um carácter de generalidade por abrangerem diferentes sectores de actividade, todavia mantendo um carácter de especialidade por se aplicarem apenas a alguns sectores económicos, e não a todos; o

---

<sup>93</sup> Vide MANUEL MARTINS, op. cit., pp.68.

<sup>94</sup> Vide MANUEL MARTINS, op. cit., pp.69.

quarto e último grupo, as ajudas gerais *stricto sensu*, são aquelas que não se regem por um critério geográfico ou de especificidade sectorial, podendo dessa forma abranger qualquer empresa em qualquer localização territorial. Os melhores exemplos de ajudas gerais *stricto sensu* são aqueles ligados à formação profissional, ajudas relativas à investigação e desenvolvimento.

O regime jurídico difere entre os grupos de ajudas acima enunciados. Relativamente às ajudas sectoriais e regionais, encontram-se geralmente legitimadas ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, não constituindo um entrave ao mercado único e consequentemente autorizadas pela Comissão. O mesmo já não se verifica quanto às ajudas gerais *stricto sensu*. Por não ser possível inclui-las na excepção do n.º 3 do artigo *supra* citado, e pela sua generalidade dificultar a percepção antecipada das consequências sobre a concorrência no mercado intracomunitário, estas são alvo de uma apreciação cautelosa e casuística por parte da Comissão.

#### **5.2.4 O efeito anti-concorrencial**

O efeito anti-concorrencial de um determinado auxílio do Estado não é presumível por existir uma selectividade da ajuda dada. É possível conceber a existência de ajudas por parte de um Estado-Membro, que, dada a realidade do mercado específico em que se inserem, não terão impacto a nível do mercado único, não gerando no agente económico nenhuma vantagem perante uma outra empresa ou Estado-Membro.

Para aferir se existe efeito anti-concorrencial de determinado auxílio do Estado, deverá ser feita uma análise casuística. Num primeiro momento será importante a definição do mercado relevante em que se insere a empresa alvo do auxílio por parte do Estado. A definição do



mercado revelante é feita<sup>95</sup> no âmbito do direito da concorrência, através da intercepção do mercado geográfico com o mercado do produto<sup>96</sup>. Num segundo momento deverá ser analisada a potencialidade de afectação da concorrência de substituição, isto é, a definição de uma gama de produtos considerados substituíveis pelo consumidor. Essa definição é realizada através do teste SSNIP<sup>97</sup> – *small but significant non-transitory increase in price* – averiguando se os consumidores transferiam rapidamente a sua procura para outros produtos de substituição disponíveis em resposta a um aumento hipotético por volta dos 5 a 10% no preço final. Se o aumento for suficiente para que exista uma transferência da procura, os produtos encontram-se no mesmo mercado relevante e existe potencialidade de afectação da concorrência de substituição.

A determinação de uma medida com auxílio do Estado proibido nos termos do artigo 107.º, n.º 1, dependerá da adequação da mesma a produzir distorções sobre a concorrência do mercado único. Importa ainda ressaltar que decorre da letra da lei que a distorção não tem que ter um carácter efectivo, bastando a mera potencialidade para a afectação da concorrência.

### 5.2.5 A afectação do comércio intracomunitário

A proibição de um auxílio do Estado pelo artigo 107.º, n.º 1, do TFUE dependerá da afectação (bastando-se a possibilidade de afectação) do mercado intracomunitário. Por afectação do mercado intracomunitário entendemos qualquer forma de influenciar “*directa ou*

---

<sup>95</sup> De acordo com a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

<sup>96</sup> Cfr. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante, ponto 9.

<sup>97</sup> Cfr. Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante, pontos 15. a 17.

*indirectamente os fluxos comerciais de um dado produto entre Estados-Membros*”<sup>98</sup>.

Para isso, basta que o auxílio dado pelo Estado seja capaz de reforçar a posição da empresa face à concorrência. Neste ponto importa reforçar a irrelevância do elemento subjectivo relativo à atribuição da ajuda: se um determinado auxílio resultar na afectação do mercado único, é irrelevante sabermos se era ou não uma premissa do Estado no momento da atribuição, o que relevam são os efeitos sofridos pelo mercado único.

Apesar de merecer um tratamento autónomo, este critério é fortemente dependente da existência do efeito anti-concorrencial, na medida em que é a partir do falseamento da concorrência que existe uma alteração do normal comportamento do mercado. Uma vez alterada a estrutura do mercado, os fluxos comerciais sofrerão alterações, e a partir delas verificamos a existência de afectação do mercado intracomunitário.

Importa ainda salientar a importância da *regra de minimis*. A diminuta importância relativa do agente económico que beneficia do auxílio, ou o diminuto montante do mesmo, não excluíam necessariamente a afectação do comércio intracomunitário. Nesse sentido foi adoptada a regra de minimis, por se considerar que os auxílios de reduzido valor preestabelecido pela União, não são susceptíveis de afectar de forma significativa o comércio e a concorrência entre Estados-Membros, permitindo assim que auxílios concedidos ao abrigo da mesma fiquem isentos de notificação prévia à Comissão Europeia.

A regra de minimis encontra-se hoje consagrada no Regulamento n.º 1407/2013, de 18 de Dezembro de 2013. Este estabelece o limiar de 200.000 EUR como o montante de auxílio de minimis que uma empresa única pode receber por Estado-Membro durante um período de três

---

<sup>98</sup> Vide MANUEL MARTINS, op.cit., pp.88.

Produção de electricidade em Portugal. O regime especial e as tarifas bonificadas

anos, sendo que o mesmo é reduzido para 100.000 EUR quando concedido a empresas de transporte rodoviário por conta de outrem.

### 5.2.6 Irrelevância da forma

O entendimento do auxílio do Estado teve desde cedo uma visão muito abrangente por parte da Comissão e TJUE. O auxílio de estado comporta uma vertente<sup>99</sup> negativa ou positiva, como decidido no caso *Banco Exterior de España AS*.

Já numa resposta a uma questão colocada pelo Parlamento Europeu, a Comissão definiu, em 1963<sup>100</sup>, algumas formas usuais de ajudas por parte do Estado, que incluíam os subsídios directos, isenção de taxas e impostos, isenção de encargos parafiscais, concessão de taxas de juro preferenciais, concessão de garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, indemnizações para cobertura de prejuízos operacionais, fornecimento de bens ou serviços em condições favoráveis. São também valoradas como formas usuais as garantias prestadas pelos Estados, quer directas como indirectas, em operações de crédito, concessão de taxas especiais de redesconto, e a atribuição de dividendos garantidos.

Na resposta dada pelo Parlamento Europeu, são igualmente consideradas as medidas de efeito equivalente, ou seja, medidas que embora não consagradas na lista de exemplos, venham a demonstrar ter um efeito de restrição do comércio intra-comunitário. A inclusão das medidas de efeito equivalente visam diminuir a possibilidade dos Estados-Membros contornarem a aplicação da proibição do artigo 107.º por utilização de meios por regra não proibidos, funcionando como uma válvula de escape.

---

<sup>99</sup> Ac. do TJCE de 15.03.94, proferido no âmbito do processo C-387/92 *Banco Exterior de España AS vs. Ayuntamiento de Valencia*, considerando 13. Disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

<sup>100</sup> Numa Resposta da Comissão a uma questão escrita, levantada pelo deputado Burgbacher do Parlamento Europeu, n.º48/1963 disponível para consulta em <http://eur-lex.europa.eu>.

### 5.3 Auxílios de Estado relativos às energias renováveis

O incremento das energias renováveis surgiu no âmbito do sector do ambiente, nomeadamente como um meio de acção para a protecção ambiental. Era este o campo de acção dos auxílios de Estado às energias renováveis, por se verificar entre estas áreas uma sinergia: o aumento da utilização de energias renováveis conduzirá à diminuição dos níveis de CO<sub>2</sub> e, conseqüentemente, a uma melhoria ambiental<sup>101</sup>.

A Comunicação da Comissão Europeia relativa ao Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente (2008/C 82/01) – doravante Comunicação da Comissão de 2008 – surge como um dos instrumentos para aplicar o Plano de Acção construído pelo Conselho Europeu, o qual teve como primordial objectivo a clarificação de quais os auxílios e apoios que poderão ser atribuídos pelo Estado, e em que termos.

Na introdução da comunicação a Comissão salienta que as medidas de auxílio “*podem por vezes constituir instrumentos eficazes para concretizar objectivos de interesse comum. Sob certas condições, os auxílios estatais podem corrigir deficiências dos mercados, permitindo assim melhorar o seu funcionamento e reforçar a competitividade. Podem igualmente favorecer, por exemplo, o desenvolvimento sustentável, independentemente de corrigirem ou não as deficiências dos mercados*”<sup>102</sup>. A Comissão clarifica ainda que os auxílios de Estado relativos à implementação e favorecimento das energias renováveis serão justificáveis ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea c), do TFUE<sup>103</sup>.

A Comunicação de 2008 cessou o seu período de vigor a 31 de Dezembro de 2014, dando lugar Comunicação da Comissão relativa a

---

<sup>101</sup> Vide artigo 191º, n.º1, e 194.º, n.º1, do TFUE.

<sup>102</sup> Cfr. Comunicação da Comissão de 2008 (2008/C 82/01), introdução, ponto 1.2, parágrafo (5).

<sup>103</sup> Cfr. Comunicação da Comissão 2008 (2008/C 82/01), introdução, ponto 1.2, parágrafo (12).

auxílios estatais à protecção ambiental e à energia 2014-2020<sup>104</sup> - doravante Comunicação de 2014.

Em primeiro lugar é de notar que a preocupação com a energia passa a ser feita em nome próprio: apesar de o tratamento continuar a ser realizado em conjunto com a matéria ambiental, decorrente da simbiose entre as matérias conforme explicamos anteriormente, é feita uma referência própria no título das novas orientações. Essa referência trespassa também para o corpo das mesmas, já que sete dos catorze tipos de auxílios possivelmente compatíveis com o mercado único estão directamente ligados com a política energética.

Na nova Comunicação de 2014 a Comissão orienta a utilização dos auxílios de Estado para a concretização dos compromissos firmados pela União, nomeadamente a Estratégia 20-20 e o Quadro 2030<sup>105</sup>. Comparando as duas comunicações da Comissão, verificamos que na Comunicação da Comissão de 2008 as referências aos compromissos assumidos e a necessidade de fomento da utilização de energias renováveis são feitas em menor número, sendo-lhes conferidas menos ênfase. Devido à proximidade do limite da Estratégia 20-20 urge a adopção de novas medidas de incentivo, o que trespassa por toda a Comunicação de 2014.

São igualmente estabelecidas na Comunicação de 2014 as condições em cujo âmbito os auxílios à energia e ao ambiente podem ser considerados compatíveis com o mercado único, ao abrigo do artigo 107.º n.º 3, alínea c), do TFUE<sup>106</sup>.

Em seguida trataremos algumas particularidades relativas aos auxílios de Estado às energias renováveis, nomeadamente a existência

---

<sup>104</sup> Comunicação da Comissão sobre as Orientações relativas a auxílios estatais à protecção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01).

<sup>105</sup> Cfr. Comunicação da Comissão de 2014 (2014/C 200/01), introdução, parágrafo (5), pp. 3.

<sup>106</sup> Cfr. Comunicação da Comissão de 2014 (2014/C 200/01), secção 1.2, Medidas de Auxílio Abrangidas pela Comunicação, parágrafo (18), pp. 5.

de um Regime Geral de Isenção por Categoria, a necessidade e a intensidade do auxílio<sup>107</sup>.

### 5.3.1 O Regime Geral de Isenção por Categoria

Uma das particularidades do regime dos auxílios de Estado à produção de electricidade a partir de FER é simultaneamente um dos instrumentos fundamentais da política de apoio: o Regime Geral de Isenção por Categoria<sup>108</sup>.

O RGIC surge após a publicação da Comunicação da Comissão de 2008, assente na necessidade sentida pelos Estados-Membros de simplificação administrativa relativa à promoção de medidas assentes na sustentabilidade ambiental. Com a entrada em vigor do RGIC, foram estabelecidas categorias de auxílios a favor do ambiente que não necessitam de ser comunicadas à Comissão, por terem sido declaradas compatíveis com os artigos 107.º e 108.º do Tratado.

Conforme referido, o regime de 2008 foi recentemente revogado pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, instituindo um novo regime de isenção por categoria.

Sistematicamente, podemos dividir o diploma em duas partes: uma parte geral<sup>109</sup>, comum a todos os auxílios e que dispõe sobre condições de atribuição, e uma parte especial<sup>110</sup>, que contém as disposições específicas aplicáveis às diferentes categorias de auxílios.

Tal como no regime de 2008, a dispensa de notificação à Comissão depende do respeito pelas normas do Tratado e pelas

---

<sup>107</sup> ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *As Energias Renováveis: Uma Luz Verde aos Auxílios de Estado?*, in Revista de Regulação e Concorrência, Ano 1, n.º 3, Almedina, Julho-Setembro de 2010.

<sup>108</sup> Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008.

<sup>109</sup> Do artigo 1.º ao artigo 12.º do RGIC de 16 de Junho de 2014.

<sup>110</sup> Do artigo 12.º ao artigo 56.º do RGIC de 16 de Junho de 2014.

condições enunciadas no RGIC<sup>111</sup>. Os requisitos de aplicação do RGIC mantiveram-se: o limiar máximo aplicável a cada categoria do RGIC<sup>112</sup>; a transparência, através da determinação *ex ante* do montante do subsídio a atribuir<sup>113</sup>; o efeito incentivo<sup>114</sup> do auxílio; o auxílio deve cingir-se aos custos elegíveis do projecto, ou seja os custos justificados por documentos, comprovativos claros, específicos e actualizados; e o respeito pela intensidade do auxílio.

O novo regime consagrou modificações muito significativas relativamente ao regime anterior. Importa referir as mais relevantes.

Em primeiro lugar, podemos apontar a previsão de novas categorias de auxílios isentos. Da leitura do artigo 1.º do regime, encontramos uma abertura do âmbito de aplicação, passando a ser aplicável a auxílios para remediar os danos causados por calamidades naturais, auxílios a infra-estruturas de banda larga, auxílios à cultura e conservação do património, auxílios ao desporto e infra-estruturas recreativas multifuncionais e auxílios ao investimento para infra-estruturas locais.

Em segundo lugar, podemos verificar um alargamento do âmbito de aplicação de categorias de auxílio, já anteriormente incluídas no RGIC de 2008. São exemplos os auxílios a favor do ambiente, os auxílios à contratação de trabalhadores, e os auxílios com finalidade regional.

Em terceiro lugar, procedeu-se a um aumento dos limites de notificação<sup>115</sup>, (e.g. quanto aos auxílios à investigação e desenvolvimento verifica-se um aumento para o dobro do valor limite à notificação).

---

<sup>111</sup> Cfr. Artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de Junho de 2014.

<sup>112</sup> Vide artigo 4.º do RGIC, de 16 de Junho de 2014.

<sup>113</sup> Vide artigo 5.º do RGIC, de 16 de Junho de 2014.

<sup>114</sup> Vide artigo 6.º do RGIC, de 16 de Junho de 2014.

<sup>115</sup> Cfr. Artigo 4.º Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de Junho de 2014.



Em quarto lugar, encontramos o aumento das intensidades máximas de auxílio permitidas, tema que abordaremos uma secção própria a frente.

Em quinto e último lugar, a eliminação da obrigação de referência expressa às normas do RGIC por parte dos EM, para que este lhes seja aplicável. Esta alteração é da maior importância: conduz a uma maior segurança jurídica por parte das empresas ou sectores aos quais são atribuídos os auxílios, tendo maior segurança que o auxílio não será passível de ser recuperado pelo Estado, e simultaneamente diminui o encargo do Estado a nível administrativo.

Todavia, esta simplificação implicou que existisse uma maior exigência quanto à garantia de transparência. Dessa forma foi adoptada uma nova estratégia para a assegurar: criou-se um mecanismo totalmente inovador referente à obrigação de publicação dos auxílios<sup>116</sup>. Os Estados-Membros estão obrigados a publicar numa página electrónica dedicada ao efeito as informações relativas a cada medida de auxílio concedida, estando a legalidade do auxílio dependente da publicação num período temporal de 6 meses<sup>117</sup>. Os auxílios que excedam os 500.000 EUR tem um critério adicional relativo à publicação, sendo exigida informação mais detalhada<sup>118</sup>.

Verificamos assim que as alterações realizadas ao RGIC foram benéficas, na medida em que contribuíram para uma desburocratização a nível administrativo, o que por um lado desanuvia os Estados-Membros, que verificam uma diminuição da burocracia administrativa relativa à concessão de auxílios resultante da agilização realizada a nível legislativo, e por outro os sectores e empresas que beneficiam do auxílio

---

<sup>116</sup> Cfr. Artigo 9.º Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014.

<sup>117</sup> Vide artigo 9.º, n.º 4, do RGIC de 2014.

<sup>118</sup> É feita uma remissão para o formulário presente no anexo III ao RGIC de 2014, por via do artigo 9.º, n.º1, alínea c).

de Estado encontram uma maior segurança jurídica, diminuindo o risco de os auxílios concedidos venham a ter de ser recuperados pelo Estado.

### 5.3.2 A necessidade do auxílio

Os auxílios de matéria ambiental, nomeadamente os auxílios às energias renováveis apresentam-se fulcrais para a existência de investimento, sendo que grande parte dos projectos se encontram dependentes da concessão do auxílio devido aos elevados custos que as infra-estruturas da central electroprodutora comporta. A produção de energia através de FER implica, em grande parte dos casos, a utilização de tecnologias novas, encarecendo o empreendimento, o que tende a fazer desistir os investidores menos perseverantes. O auxílio surge como uma necessidade sob a forma de incentivo ao investimento<sup>119</sup>.

A necessidade do auxílio manifesta-se igualmente em outra exigência por parte da Comissão: a exigência que o projecto não seja “intrinsecamente atractivo”<sup>120</sup>. Isto é, se o projecto apresentar inequívocas vantagens a nível económico, vantagens suficientes para que a Comissão o considere como um projecto intrinsecamente atractivo, então o apoio estatal não se apresenta necessário para aquele projecto. Isto porque, segundo os critérios da Comissão, o projecto vale por si próprio, isto porque se prevê que o investimento seja realizado devido às perspectivas económicas nele assente<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> ANA RITA GOMES DE ANDRADE, op.cit.

<sup>120</sup> Vide considerando (27) da Comunicação de 2008 a contrario: “Os auxílios estatais a favor do ambiente devem ter como consequência uma alteração do comportamento por parte do beneficiário do auxílio estatal, de modo que o nível de protecção do ambiente passe a ser superior ao que existiria se o auxílio não fosse concedido. Todavia, os investimentos que melhoram o nível de protecção do ambiente podem simultaneamente aumentar as receitas e/ou diminuir os custos, sendo assim **intrinsecamente atractivos do ponto de vista económico**. Por conseguinte, impõe-se verificar se o investimento em causa não teria sido realizado na ausência de qualquer auxílio estatal.” (destaque nosso).

<sup>121</sup> ANA RITA GOMES DE ANDRADE, op.cit.

Este critério apresenta-se extremamente controverso e criticável. Isto porque se num primeiro momento a Comissão se arroga como sendo a garante do mercado único, utilizando como critério de decisão o controlo de distorções da concorrência no mercado único, estes deixam de valer liminarmente quanto a concessão de auxílios de Estado a projectos de energia renovável que sejam por si uma mais-valia para a entidade exploradora. Cria-se dessa forma uma dualidade de critérios muito pouco fundamentada.

Para além das razões e objectivos acima enunciados, importa igualmente ter em conta a potencialidade dos projectos “intrinsecamente atraentes” para a dinamização da economia, criação de postos de emprego e desenvolvimento económico. Uma rejeição simplista desses projectos sem ser feita uma ponderação das vantagens que deles podem decorrer é um erro, pois não são avaliadas as condicionalidades do projecto, que através de uma análise ponderada e casuística se poderá demonstrar como uma mais-valia para a região e para a comunidade em que se insere.

### **5.3.3 A intensidade do auxílio**

Relativamente aos auxílios dados em outros ramos, os auxílios concedidos no âmbito da protecção ambiental atingem uma percentagem de auxílio autorizável muito superior.

Nos auxílios referentes à protecção ambiental, nomeadamente na área das energias renováveis, encontramos vários auxílios com percentagem sobre os custos elegíveis que ultrapassam os 50%, incluindo-se em alguns casos a intensidade máxima de 100%.

Um bom exemplo da adequação da intensidade dos auxílios ao projecto em causa são os auxílios concedidos no âmbito da investigação, desenvolvimento. Como podemos verificar no artigo 25.º, n.º 5, do RGIC,

a intensidade máxima varia entre os 25% e os 100%, dependendo do projecto em causa. Nos números seguintes do mesmo artigo podemos verificar outra das características dos auxílios no âmbito ambiental: a possibilidade de majoração perante a verificação de determinadas condições.

## **5.4 A tarifa *feed-in* como auxílio de Estado. O caso português em especial.**

### **5.4.1 Jurisprudência do TJUE**

As tarifas *feed-in* nem sempre poderão ser consideradas como auxílios de Estado. É disso exemplo o caso *PreussenElektra*<sup>122</sup> decidido pelo TJCE, referente a uma das pioneiras tarifas *feed-in* associadas à remuneração de produção a partir de fontes renováveis. Nesse caso o tribunal considerou que a tarifa *feed-in* não era considerada como um auxílio de Estado, pois apesar de este decorrer de uma imposição de carácter legal, a tarifa era financiada por uma compensação paga por entidades privadas, sendo que o Estado não estava envolvido na colecta da mesma. Sendo que o primeiro requisito para a existência de um auxílio de Estado é carácter público da medida, não estando o mesmo verificado no caso em questão, o TJCE decidiu pela não existência de um auxílio de Estado.

Após a decisão do caso *PreussenElektra*, a doutrina interrogou-se se seria possível depreender que todas as tarifas *feed-in* não seriam consideradas uma forma de auxílio de Estado, já que há data apresentavam enormes semelhanças como a *Stromeinspeisungsgesetz* alemã, excluídas do escopo do artigo 107.º do TFUE.

---

<sup>122</sup> Ac. do TJCE de 13.03.2001, proferido no âmbito do processo C-379/98 *PreussenElektra AG vs. Schleswig AG*, na presença de *Windpark Reußenköge III GmbH* e *Land Schleswig-Holstein*, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

Não obstante, a posição adoptada pela Comissão e pelo Tribunal de Justiça é a de que as tarifas *feed-in* constituem um auxílio de Estado na medida em que imponham uma obrigação de compra com recurso a fundos públicos, ou quando o sistema é financiado por imposições de carácter parafiscal.

Nesse sentido, o acórdão *Essent Netwerk Noord*<sup>123</sup>, onde o TJUE considerou que um financiamento através de um suplemento de preço imposto pelo Estado aos compradores de electricidade, suplemento este que para além de constituir um imposto, era igualmente controlado pelo Estado-Membro, dessa forma constituído uma intervenção do Estado através de recursos estatais.

Em igual sentido encontramos o acórdão do TJUE sobre a tarifa *feed-in* francesa relativa à produção a partir de energia eólica<sup>124</sup>. Neste acórdão o TJUE considera que o regime francês relativo à compra de electricidade produzida a partir de instalações que utilizam a energia mecânica do vento constitui um auxílio de Estado. A argumentação centra-se no facto de ser possível proceder a uma imputação do mecanismo de compensação ao Estado francês, instituído através de lei, e por existir igualmente a participação de um organismo estatal na gestão das vantagens concedidas. Apesar de estas não constarem do erário público, o Estado mantém uma conexão com a gestão e colecta das mesmas, logo que as prestações “(...) *são cobradas a todos os consumidores finais de electricidade no território francês e confiadas à Caisse des dépôts et consignations*.”<sup>125</sup>, sendo a mesma uma pessoa colectiva de direito público, instituída pela Lei das finanças de 1816

---

<sup>123</sup> Ac. do TJUE de 23.01.2008, proferido no âmbito do processo C-206/06 *Essent Netwerk Noord BV* apoiada pela *Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV* vs. *Aluminium Delfzijl BV* vs. Estado dos Países Baixos e *Essent Netwerk Noord BV* vs. *Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV* e *Saranne BV*, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

<sup>124</sup> Ac. do TJUE de 19.12.2013, proferido no âmbito do processo C-262/12 *Association Vent De Colère! Fédération nationale e particulares* vs. *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, na presença de *Syndicat des énergies renouvelables*, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>.

<sup>125</sup> Cfr. parágrafo 22 do acórdão cit.

francesa. É portanto seguida a ratio já demonstrada no acórdão *Steinike & Weinlig vs. República Federal da Alemanha*, em que o tribunal considera tratar-se de um auxílio de Estado.

#### 5.4.2 O caso português

Passando agora à análise do caso português. A produção de electricidade em regime especial poderá ter dois regimes distintos<sup>126</sup>, o regime remuneratório geral, onde os produtores vendem a electricidade produzida em mercados organizados ou através de contratos bilaterais, e o regime remuneratório garantido, em que a electricidade produzida é entregue ao comercializador de último recurso, mediante o pagamento de uma tarifa fixa, a tarifa *feed-in*. Relativamente ao primeiro tipo de remuneração, está em grande parte limitada a existência de margem para auxílios de Estado, na medida em que a actividade de comercialização de electricidade é exercida em regime de livre concorrência, pelos dois meios contratuais enunciados.

Resta então apurar se o regime de remuneração garantida para produção a partir de FER é considerado um auxílio de Estado. O regime de remuneração garantida prevê a compra da electricidade pelo comercializador de último recurso, sendo que actualmente esse papel é desempenhado pela EDP Distribuição Energia, S.A.<sup>127</sup>.

A empresa em causa é uma sociedade anónima de direito privado, sem capitais estatais ou intervenção do Estado enquanto accionista. Dessa forma, excluímos o carácter público da medida, sob a forma de um auxílio de Estado indirecto.

---

<sup>126</sup> Cfr. Artigo 33.º-G do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro.

<sup>127</sup> Cfr. Artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro

Se por um lado verificamos que a tarifa *feed-in* decorre de uma imposição de carácter legal, verificamos igualmente que o Estado não contribui na colecta ou gestão do financiamento da tarifa, que provém do preço de venda praticado pela EDP Distribuição S.A enquanto comercializador de último recurso.

Dessa forma, devemos concluir pela inexistência de um auxílio de Estado no regime de remuneração mínima garantida português.

## **6 A garantia dos produtores em regime especial**

Os produtores em regime especial beneficiaram desde o início da vigência do regime de remuneração garantida de benefícios comparativamente com os produtores de electricidade sujeitos ao regime ordinário.

Esses benefícios podem ser divididos em dois grupos distintos: remuneração e direitos de venda de energia.

Relativamente ao regime remuneratório, verificamos que os produtores em regime remuneratório garantido beneficiam de uma tarifa bonificada, a *feed-in-tariff* ou FIT. Como já elucidado num capítulo anterior<sup>128</sup>, a FIT consiste num incentivo baseado no preço de produção de electricidade a partir de fontes renováveis, fixado pelo regulador num valor total de remuneração por unidade de electricidade paga ao produtor por um período temporal pré-determinado, sendo que a remuneração por unidade de electricidade é variável de acordo com a fonte, tecnologia ou capacidade do centro electroprodutor.

A garantia da FIT por um período pré-determinado de tempo permite que o produtor possa contar à partida com um cálculo do diferencial entre o seu investimento inicial e lucros durante o período temporal em causa, garantido uma maior segurança no investimento efectuado comparativamente a um investimento no regime remuneratório ordinário, em que a remuneração se encontra submetida ao preço praticado no mercado.

Simultaneamente, também os direitos de venda contribuem para a segurança do investimento do produtor em regime especial remuneratório. O regime especial português permite que os operadores qualificados possam vender a electricidade aos comercializadores de último recurso, os quais são obrigados a comprar energia produzida

---

<sup>128</sup> Remetemos o leitor para o capítulo 2 deste trabalho.



sobre a égide do regime, independentemente da procura existente. Este mecanismo constitui uma garantia para os produtores, por não estarem dependentes da contratação bilateral ou em mercados organizados para escoar a sua produção. Actualmente, o direito do operador de regime especial, bem como a correspondente obrigação do comercializador de último recurso, não limitam, contudo, a possibilidade dos produtores em regime especial venderem a sua energia a outros comercializadores de electricidade e operar no mercado<sup>129</sup>.

Esta abertura ao regime remuneratório ordinário passa por uma tentativa de abertura ao mercado da energia proveniente de FER. O direito de compra encontra-se limitado por um período temporal de garantia remuneratória<sup>130</sup>, ou seja, um período temporal restrito e predefinido para cada tipo centro electroprodutor, dependendo da FER que explora, beneficiar de a tarifa bonificada.

De um ponto de vista de direito comparado, verificamos que existem no espaço da União uma multiplicidade de formas de apoio e garantia aos produtores de energias renováveis. Teremos oportunidade de estudar o modelo espanhol na continuação deste trabalho.

Ponto assente é a existência de um suporte binário entre garantia dos produtores e custos: para que exista uma garantia por parte dos particulares, terá que existir um suporte dos custos da mesma. No contexto actual a diminuição e racionalização dos custos associados ao apoio das energias renováveis está em voga, fundamentalmente motivada pela crise económica que abala o país. Iremos estudar no decorrer deste capítulo quais as alterações elaboradas nesse contexto, quais as suas consequências na remuneração dos produtores e, por

---

<sup>129</sup> Novidade legislativa inserida pela última revisão legislativa do regime remuneratório garantido, por via do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>130</sup> Vide n.º 22 do Anexo II, segundo a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro ao Anexo II do Decreto-Lei n.º 89/88, de 27 de Maio.

último, qual o seu papel da diminuição de as despesas no sector da energia.

## 6.1 Imposições da Troika

Portugal atravessa uma das mais graves crises económicas e financeiras da sua história. Devido a grave crise económica sentida pelo país, em 2011 o Governo solicitou auxílio financeiro às instituições europeias e ao Fundo Monetário Internacional.

Neste contexto, foi delineado um Programa de Assistência Económica e Financeira por parte das entidades *supra* citadas, tendo sido concretizado através de um conjunto de memorandos. Nesses memorandos foram definidas as principais linhas de actuação do Governo em relação aos diversos sectores estratégicos da economia, afigurando-se a implementação de essas medidas como indispensáveis para o saneamento das contas públicas, tal como para o cumprimento dos objectivos propostos e respeito pelos prazos de execução estabelecidos.

O Programa de Assistência Financeira foi assinado pelo Estado Português com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, vulgarmente apelidados de Troika, denominação que adoptaremos daqui em diante. O programa compreendia uma injeção de 78 mil milhões de euros, provenientes das três entidades *supra* mencionadas em partes iguais, sendo disponibilizados durante um período temporal de três anos (2011-2014) de forma faseada, sendo que a sua disponibilidade se encontra dependente do cumprimento de as medidas previstas nos memorandos de entendimento<sup>131</sup>.

Relativamente à natureza jurídica e vinculatividade dos memorandos de entendimento, encontramos algumas divergências entre as três entidades envolvidas no que toca à sua natureza jurídica e vinculatividade.

---

<sup>131</sup> FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *A natureza jurídica dos memorandos da “Troika”*, in Themis, ano XIII números 24/25 – 2013, pp.155 e ss.

Os memorandos que envolvem o Estado Português e o Fundo Monetário Internacional são classificados pelo próprio FMI como actos jurídicos unilaterais e não acordos internacionais<sup>132</sup>. Consubstanciam actos vinculativos ao Estado Português, na medida em que assumem uma obrigação jurídica de empréstimo, sujeita a termo e condição<sup>133</sup>, mas a decisão de financiamento é tomada unilateralmente pela direcção executiva do FMI. Os memorandos aparecem, nesse sentido, como garantia ao reembolso dos empréstimos concedidos pelo FMI.

Os memorandos que envolvem o Estado Português e o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira resultaram de um processo de negociação ao abrigo do artigo 112.º, n.º 2, do TFUE. O Tribunal Constitucional pronunciou-se acerca da vinculatividade do memorando no âmbito da apreciação da constitucionalidade da supressão do pagamento dos subsídios de férias e natal aos funcionários públicos, referindo que como assenta numa decorrência do artigo 112.º, n.º 2, do TFUE outra interpretação não poderia vingar<sup>134</sup>.

Por último, a natureza jurídica dos memorandos entre o Estado Português e o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira surge à semelhança do FMI, como uma garantia de reembolso do contrato de empréstimo celebrado, e como condição de libertação das tranches do empréstimo, assim como da avaliação da Comissão das políticas económicas adoptadas no âmbito dos mesmos<sup>135</sup>.

Concluimos assim que apesar de existirem diferenças e especificidades quanto a cada entidade, verificamos que em cada um dos casos o Estado português se encontra vinculado aos acordos firmados com cada entidade.

---

<sup>132</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, op.cit, pp.160.

<sup>133</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, op.cit, pp.161.

<sup>134</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, op.cit, pp.166.

<sup>135</sup> Cfr. FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, op.cit, pp.171.

O Programa de Assistência Financeira incluso nos memorandos de entendimento com as três entidades compreende uma parte especificamente dedicada ao processo de liberalização do sector de a energia eléctrica, focando a importância da finalização do processo de transposição e adopção da Directiva n.º 2009/72/CE<sup>136</sup>, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho na sua totalidade para o ordenamento jurídico português. Em diversos pontos é igualmente referida a urgência na eliminação do défice tarifário em Portugal. É nesse contexto que são apontadas medidas de racionalização dos custos inerentes aos apoios às energias renováveis.

Analisando o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica (ME), verificamos que este dedica uma secção do ponto respeitante aos mercados de bens e serviços à energia, sendo que é inserta uma subsecção relativa aos esquemas de apoio à produção de energia em regime especial (co-geração e renováveis)<sup>137</sup>. A inclusão de uma subsecção relativa à

---

<sup>136</sup> A Directiva insere-se no Terceiro Pacote Energético, tema já tratado no ponto 3.2.3 da presente dissertação, para onde remetemos o leitor.

<sup>137</sup> O Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica inclui, no ponto 5, os seguintes objectivos:

I.) “5.7. Avaliar a eficiência dos esquemas de apoio à co-geração e propor as opções para ajustar em baixa a tarifa bonificada de venda (feed-in tariff) da co-geração (reduzir o subsídio implícito).

II.) “5.8. Avaliar num relatório a eficiência dos esquemas de apoio às renováveis, incluindo a sua lógica, os seus níveis e outros elementos de concepção importantes.”

III.) “5.9. Em relação aos actuais contratos em renováveis avaliar, num relatório, a possibilidade de acordar uma renegociação dos contratos, com vista a uma tarifa bonificada de venda mais baixa.”

IV.) “5.10. Em relação a novos contratos em renováveis, rever em baixa as tarifas e assegurar que as mesmas não compensam em excesso os produtores pelos seus custos e que continuam a proporcionar um incentivo para reduzir os custos através da adopção de tarifas que se reduzem gradualmente ao longo do tempo. Para tecnologias mais maduras, desenvolver mecanismos alternativos (tais como prémios de mercado). Os relatórios sobre as medidas adoptadas serão fornecidos anualmente.”

V.) “5.11. As decisões sobre investimentos futuros em renováveis, designadamente em tecnologias menos maduras, serão baseadas numa análise rigorosa em termos dos seus custos e consequências para os preços da energia. Na análise serão utilizados os índices de referência internacionais e será realizada uma avaliação independente. Os relatórios sobre as medidas adoptadas serão fornecidos anualmente.”

VI.) “5.12. Reduzir os atrasos e a incerteza em torno dos procedimentos planeamento, de autorização e certificação e aumentar a transparência dos requisitos administrativos e dos encargos para os produtores de energias renováveis (em conformidade com o artigo 13.º e 14.º da Directiva da EU 2009/28/EC). Fornecer provas das medidas tomadas neste sentido.”

produção em regime especial deriva do facto de ser considerada uma produção “mais cara”, por via da sua subsidiação.

Estes objectivos centram-se fundamentalmente em diminuir o peso dos apoios à produção a partir de energias renováveis. Como se pode ler no ponto 5.9, a tendência será para a renegociação dos contratos de remuneração mínima garantida. Importa frisar que a Troika tem como objectivo a renegociação dos contratos em regime remuneratório garantido, e não uma cessação unilateral dos mesmos. É frisar a importância dada à opção de renegociação, onde podemos denotar o respeito pelas legítimas expectativas dos contraentes, tuteladas pelo ordenamento jurídico português, assim como o respeito pelo princípio constitucional dos direitos adquiridos.

Em simultâneo à renegociação dos contratos já em vigor, atenta-se igualmente à negociação dos novos contratos. Deve proceder-se a uma redução das tarifas de forma a não existir uma compensação excessiva dada aos produtores em regime remuneratório garantido, logo que uma remuneração excessiva consubstancia um encargo pesado e inviável em tempo de crise. Dessa forma, os novos contratos de apoio às produções a partir de FER devem centrar-se em projectos com maior capacidade de auto-sustentabilidade e financiamento.

É também proposta uma tentativa de agilização procedimental no ponto 5.12 do ME, reduzindo os prazos de decisão por parte da administração, e consequentemente a incerteza por parte dos particulares interessados. Acresce a este ponto a questão da transparência dos critérios de decisão por parte da administração na admissão de projectos no âmbito das energias renováveis e co-geração.

As consequências da assinatura do ME com as entidades acima referidas não se tardaram a sentir no panorama legislativo português de apoio às energias renováveis, como estudaremos em seguida.

## 6.2 Alterações legislativas

Nesta secção cumpre enunciar quais as alterações realizadas no âmbito do regime remuneratório garantido na decorrência das imposições geradas pelo Memorando de Entendimento com a Troika.

Todavia, importa ressaltar que apesar de não ser objecto do presente trabalho, a diminuição das tarifas *feed-in* pode ser influenciada por outros factores, sendo que encontramos uma causa de diminuição recorrente no fenómeno de paridade das tarifas. Ou seja, à medida que a evolução tecnológica avança, a possibilidade de criação de economias de escala permite que os vários custos associados à cadeia de produção, desde o investimento a custos operacionais desçam, sendo que o valor necessário para viabilizar um projecto de produção a partir de FER será progressivamente mais baixo.

O mesmo não se verificará em tecnologias de carácter emergente, onde se verifica uma necessidade de apoio de forma a viabilizar o seu desenvolvimento.

Ressalvada a existência de outros critérios que contribuem para a diminuição da retribuição na produção em regime especial, passamos agora ao propósito que ocupa esta secção. Urge num primeiro momento elaborar uma evolução das alterações que se registam a partir de 2011 com vista a restringir ou diminuir as garantias que dispunham os produtores de energia eléctrica a partir de FER.

Em primeiro lugar encontramos as alterações realizadas pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de Outubro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012 da mesma data. Através da aprovação destes diplomas foi efectuada uma revisão substancial dos diplomas base do sector eléctrico – O Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, e o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto.

Os diplomas visaram em primeiro lugar completar a transposição da Directiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho, relativa à liberalização do mercado de energia eléctrica. A transposição completa da Directiva torna-se ainda mais relevante no âmbito desta secção por se tratar de um dos compromissos assumidos com a Troika no âmbito de o ME. Devido ao tratamento já dado aos diplomas no âmbito deste trabalho<sup>138</sup>, faremos apenas uma análise esquemática e complementar, cingindo-nos ao que para esta secção releva.

Com o Decreto-Lei n.º 215-A/2012 foi aprovada uma revisão global do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, enquanto diploma estruturante da organização e funcionamento do SEN. O objectivo primordial da actualização foi a transposição completa da Directiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho.

Nesse contexto verificamos que a pedra de toque da alteração elaborada pelo diploma assenta no *unbundeling* ou desintegração vertical das diferentes actividades da cadeia de valor. O processo de separação das actividades presentes na cadeia produtiva do sector implica que cada uma delas passe a ser assegurada por entidades independentes. Dessa forma, verificamos que por decorrência da desintegração horizontal, podemos encontrar vários intervenientes na mesma etapa da cadeia de valor<sup>139</sup>.

O Decreto-Lei n.º 215-B/2012 teve um importante contributo no plano da produção de electricidade em regime especial, que anteriormente se encontrava dispersa por vários diplomas, foi objecto de consolidação, passando a constar integralmente do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, independentemente da FER utilizada.

---

<sup>138</sup> Vide capítulos 3.2.3 e 4.1 do presente trabalho.

<sup>139</sup> Possibilidade esta que não existe em todas as etapas da cadeia de valor. Como enunciado no ponto 3.3 deste trabalho, as actividades de transporte e distribuição ocorrem sob regime de concessão de serviço público, sendo cada uma delas exercida em exclusividade por um único contraente.



Foi também introduzida uma importante alteração no sentido de a produção em regime especial passar a compreender a opção entre dois modelos remuneratórios, o regime geral, sujeito a condições de mercado, e o regime de remuneração garantida.

Todavia, relativamente à garantia dos particulares podemos verificar que o legislador entendeu salvaguardar<sup>140</sup> os direitos dos titulares das centrais produtoras licenciadas anteriormente, mantendo as suas condições remuneratórias iniciais. Podemos verificar essa intenção do legislador nas excepções à norma revogatória<sup>141</sup> do Decreto-Lei n.º 215-B/2012. Por outras palavras, as condições remuneratórias dos produtores em causa, apesar da revogação do Decreto-Lei n.º 189/88, mantiveram-se<sup>142</sup> nos termos que se encontravam previstos no Anexo II, na redacção anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 33-A/2005.

Em seguida encontramos a já estudada Portaria n.º 243/2013, de 2 de Agosto. Esta Portaria vem desenvolver<sup>143</sup> o requisito obrigatório para o exercício da actividade, a atribuição de capacidade de injeção na rede eléctrica de serviço público (RESP), cumulativamente às anteriormente exigidas licença de produção e respetiva licença de exploração. Quanto às alterações que (incorrectamente) a Portaria em causa elaborou, remetemos o leitor para o capítulo anterior onde foi tratado<sup>144</sup>.

O Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro surge como o último diploma a alterar o regime remuneratório dos produtores a partir de energias renováveis.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 35/2013 o legislador alerta para que apesar de a política energética dos últimos anos ter colocado

---

<sup>140</sup> Como no capítulo 4.1 demonstramos ter sido uma preocupação constante do legislador no contexto da elaboração de alterações ao regime remuneratório garantido.

<sup>141</sup> Cfr. artigo 15.º, n.º 3,4,5 e 6 do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>142</sup> Cfr artigo 15.º, n.º4, do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>143</sup> No âmbito do artigo 33.º-G, n.º4, do Decreto-Lei n.º 172/2006, actualizado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

<sup>144</sup> Vide capítulo 4.2.

Portugal num *"patamar referencial no que diz respeito à utilização de energias renováveis e de tecnologias de ponta no setor electroprodutor"*, os custos associados a essa política têm assumido *"valores extremamente elevados, que se tornaram manifestamente inoportáveis, colocando sérios problemas no atual quadro económico e orçamental"*. Nesse contexto, foram adoptadas medidas, algo polémicas e alvo de contestação por parte dos produtores, relativas à diminuição das garantias associadas ao regime remuneratório garantido.

No artigo 1.º do diploma encontramos os grandes pontos do mesmo: a possibilidade de adopção de um regime remuneratório alternativo após o término do limite temporal para as centrais eólicas (acompanhado de um pagamento anual para garantia da sustentabilidade do SEN), a possibilidade de extensão dos limites previstos na alínea a) do n.º 20 de o anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de Maio ou de adesão, por um período adicional após a verificação de um desses limites, a um regime remuneratório alternativo, e por último, a diminuição da garantia remuneratória das PCH.

Para os centros electroprodutores que beneficiam do regime anterior ao Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, mormente os casos enquadrados no âmbito do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, o diploma vem fazer alterações de dois tipos, gerais e particulares aos centros electroprodutores eólicos. Centramos o nosso estudo nas alterações gerais.

Nas alterações gerais encontramos em primeiro lugar o caso das PCH, sendo que o regime remuneratório passa a ser determinado através de um critério alternativo: ou por um prazo de mais vinte e cinco anos a contar da data de atribuição da respectiva licença de exploração, ou até ao final da respectiva licença de utilização de água para produção de electricidade, consoante a data que se verificar mais cedo<sup>145</sup>. Na linha

---

<sup>145</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 35/2013.

de esta alteração, o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 35/2013 veio revogar os números 3º, 4º e 5º do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro, artigos cuja função era a de salvaguardar as posições jurídicas dos titulares de centros electroprodutores licenciados ao abrigo da legislação anterior ao Decreto-Lei n.º 33-A/2005, sendo que a alteração em causa implicará uma diminuição efectiva do período de remuneração em 10 anos, já que as autorizações administrativas para a utilização do domínio hídrico público detidas pelos titulares de PCH actualmente instaladas em Portugal foram atribuídas por licença válida por 35 anos. Para ter em conta o impacto da previsão, iremos abordar *infra*<sup>146</sup> um caso decidido pelo STA acerca deste preceito.

Em segundo lugar encontramos no caso dos centros electroprodutores não hídricos que já se encontrassem em exploração à data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, por um prazo de 15 anos a contar dessa data<sup>147</sup>. Em terceiro e último, os restantes centros electroprodutores, por um prazo de quinze anos a contar da data de atribuição da respectiva licença de exploração<sup>148</sup>.

Já os centros electroprodutores que beneficiam de o regime anterior ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, as alterações centram-se numa revisão de o respectivo regime remuneratório<sup>149</sup>, sendo que preveem simultaneamente a possibilidade de adesão, por parte dos centros electroprodutores abrangidos, a regimes remuneratórios alternativos<sup>150</sup>. Esta possibilidade de adopção de regimes alternativos será abordado quanto ao tema das limitações às alterações legislativas.

---

<sup>146</sup> Vide ponto 6.2.1 do presente trabalho.

<sup>147</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 35/2013.

<sup>148</sup> Cfr. artigo 3.º, n.º1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 35/2013.

<sup>149</sup> Vide artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 35/2013.

<sup>150</sup> Vide artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 35/2013.

### **6.2.1 A reacção dos produtores quanto às alterações legislativas: análise do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Março de 2014 (Proc. 01023/13)**

As reacções às limitações ao regime remunerativo das PCH elaboradas pelo Decreto-Lei n.º 35/2013 não tardaram a ser sentidas. Entre os produtores o sentimento era semelhante, insegurança e incerteza da manutenção do período de remuneração que achavam garantido.

A escolha deste acórdão baseou-se numa tentativa de trazer um elemento prático, de demonstração das reacções dos produtores no rescaldo das alterações que tratamos acima. Outra razão que contribuiu para a escolha deste acórdão foi o documento legal que serve de base à impugnação em causa, o Decreto-lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, por estabelecer limitações controversas e gravosas ao regime retributivo. O facto de se tratar de um recurso a um despacho saneador também foi pensado: é levantada a questão da impossibilidade de impugnação de actos legislativos, questão essa quase transversal à jurisprudência nacional tratada durante a preparação do tema. Em primeiro lugar fazemos uma análise do acórdão, seguida de uma crítica acerca do mesmo.

O acórdão visa um recurso de uma acção intentada por um particular, proprietário de uma pequena central hídrica (PCH), contra o Conselho de Ministros, alegando a existência de um acto administrativo inserto no artigo 3.º, n.º 1, alínea a), e no n.º 2, do Decreto-lei n.º 35/2013, de 28 de Fevereiro, tendo a mesma sido saneada por despacho, alegando o Tribunal incompetência em razão da matéria.

Na apreciação da argumentação da requerente importa dividi-la em duas partes, uma referente à qualificação dos actos, outra referente à matéria a impugnar.

Quanto à qualificação dos actos, a requerente qualifica os artigos *supra* citados como actos administrativos, procedendo a uma aplicação dos requisitos ao caso concreto. A importância dada a este ponto prende-se com a própria validade da acção: tratando-se de actos administrativos são impugnáveis nos termos da Constituição da República Portuguesa e do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, caso sejam consideradas normas legais (dotadas de generalidade e abstracção) não são impugnáveis, tendo o particular que aguardar até que lhe seja dirigido um acto por parte do Estado para ser protegido pela tutela contenciosa.

Já quanto à matéria a impugnar, a argumentação baseia-se na alteração do prazo de garantia remuneratória, que veio a ser encurtado de 35 para 25 anos, operado pelos artigos *supra* citados. Isto porque ao criar um critério alternativo nos moldes do artigo em causa, o legislador criou diminuição efectiva do período de remuneração em 10 anos, na medida em que as autorizações administrativas para a utilização do domínio hídrico público detidas pelos titulares de PCH actualmente instaladas em Portugal foram atribuídas por licença válida por 35 anos.

A recorrente alega igualmente a inexistência de um regime transitório de salvaguarda, logo uma violação do princípio constitucional da segurança jurídica, e demonstra que o legislador teve anteriormente (nas passadas alterações legislativas) o cuidado no estabelecimento desse tipo de regimes de salvaguarda.

A argumentação do Conselho de Ministros vai no sentido da existência de uma norma legal, partindo para uma demonstração da generalidade e abstracção dos artigos em causa, apresentando todavia uma argumentação subsidiária, como “válvula de escape”, no sentido que as normas em causa poderiam ser consideradas como lei-medida, já que considera que a generalidade das mesmas se encontra salvaguardada.

Quanto à matéria de facto, o Tribunal inicia a sua exposição analisando a possibilidade de inclusão de um acto administrativo num documento de carácter legislativo, afirmando essa possibilidade, por decorrência da leitura do artigo 52.º, n.º 1, do CPTA na medida em que for subsumível à definição que encontramos no artigo 120.º do CPA.

Embora o Tribunal reconheça a possibilidade de existência de um acto administrativo inserto em documentos legais, isso não implica a adopção por parte do mesmo dessa classificação ao caso concreto.

O Tribunal vem reiterar a opinião já explanada no despacho reclamado, considerando que o acto impugnado tem natureza legislativa e consequentemente, declara a sua incompetência em razão da matéria nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alínea a), do ETAF, indeferindo a reclamação.

Para a argumentação, o Tribunal elabora um excursus de todas as alterações realizadas ao regime remuneratório das PCH, afirmando na sua argumentação que *“o excursus feito mostra que o acto jurídico impugnado encerra a actual opção do poder público, numa matéria que, ao longo do tempo foi objecto de opções e regulações variadas, e consubstancia a introdução de um limite à aplicação do regime subsidiado às PCH, pondo termo, em relação a estas, à anterior situação (com origem no DL n.º339-C/2001 de 29/12) de perpetuação (leia-se até ao final da licença de exploração), por ausência de prazo, do regime preferencial de que beneficiam, no âmbito do preço de comercialização”*.

O Tribunal vem desse modo consubstanciar a argumentação do despacho recorrido, considerando que o acto impugnado vem exprimir a nova definição legislativa do regime remuneratório aplicável às PCH, que substitui a anterior e rege doravante a remuneração por essa fonte de energia.

Apreciando agora a decisão do Tribunal, a argumentação a nível formal, relativa à análise da existência de um acto administrativo inserto no diploma em causa, foi indubitavelmente criteriosa. O Tribunal aprecia os requisitos formais para a existência de um acto administrativo, e decorrentemente declara, pela não verificação dos mesmos, a inexistência de um acto administrativo, sendo que prossegue elaborando uma argumentação sólida relativa à consideração como actos legislativo dos artigos em causa.

Não obstante, relativamente à questão proposta pela requerente relativa ao princípio da confiança, o Tribunal nada declarou. É com pesar que verificamos essa falta de análise, que tanto nos convinha na elaboração deste trabalho, pela apreciação casuística de estes dois interesses contrastantes: a necessidade de estabilidade e segurança por parte dos produtores, e o interesse comum que se baseia na sustentabilidade do sistema eléctrico nacional.

Tendo em conta que a lei enquanto elemento delimitador da vida social deve acompanhar a evolução dos tempos, de forma a reflectir com adequação a realidade vivida por quem usufrui da mesma, a mutação da ordem jurídica configura um traço essencial à conformação da lei com a realidade. No caso da remuneração da produção a partir de FER, a necessidade de uma alteração no panorama remuneratório é evidente. Porém, se é certo que existe um dever de adaptação e alteração, de forma a se adequar à realidade, a lei deve também garantir estabilidade à comunidade, pois apenas assim os Homens poderão planear e desenvolver os seus projectos e investimentos, tendo conhecimento das regras e preceitos aos quais se encontram sujeitos. A falta de apreciação por parte do Tribunal relativamente ao princípio da segurança jurídica e da confiança frustra, dessa forma, as nossas expectativas quando à apreciação do caso. Isto porque, no nosso entender, saber se a medida

não viola o princípio da segurança jurídica consistia na questão fulcral a responder.



## **6.3 Limitações às alterações legislativas**

### **6.3.1 O caso espanhol**

Cumprir, num primeiro momento, explicar a escolha da análise do caso espanhol no âmbito deste trabalho. A escolha do estudo do caso espanhol parece-nos bastante pertinente por algumas razões, que passamos a enunciar.

Em primeiro lugar, encontramos na proximidade física e semelhanças a nível socio-económico a possibilidade de realizar uma análise comparativa com relativa facilidade, não descurando obviamente as diferenças territoriais e políticas entre os países.

Em segundo lugar, é de sublinhar que a análise assume uma maior relevância no contexto do MIBEL, sendo relevante analisar como Espanha está a promover das FER.

Em terceiro e último lugar, surge na esteira do objectivo de harmonização dos instrumentos legais e de suporte do mercado único da União Europeia. Nesse contexto verificamos que uma análise comparativa surge como uma mais-valia no estudo das FIT e outros mecanismos de apoio, na medida em que podem ser equacionados novos parâmetros no *design* da FIT ou pela adopção de mecanismos alternativos de suporte às FER.

Apesar de este capítulo se dedicar à análise das limitações às alterações legislativas recentemente elaboradas no contexto da reforma do regime remuneratório da produção em regime especial, importa em primeiro lugar fazer um breve enquadramento do desenvolvimento legislativo no âmbito desse regime, para uma melhor compreensão do tema.

### **6.3.1.1 Enquadramento histórico e evolução do regime remuneratório da produção em regime especial**

O apoio às FER iniciou-se em Espanha num período temporal ligeiramente anterior ao português, no início em 1980, com a aprovação da Ley 82/1980, Ley de Conservación de la Energía (LCE). A LCE surge no rescaldo do choque petrolífero da década de 70, sendo o seu objectivo primordial a diminuição da dependência do petróleo e o incentivo à utilização de fontes de energia renovável.

A LCE foi alvo de inúmeros desenvolvimentos que vieram a ser unificados pelo Real Decreto 2366/1994 de 9 de diciembre. Este diploma inicia igualmente o período de liberalização do mercado eléctrico espanhol, e cria uma instituição reguladora independente, a *Comisión Nacional del Sistema Eléctrico*, posteriormente alterada para *Comisión Nacional de Energía*.

Em 1997 verificou-se uma alteração da estrutura de sector eléctrico espanhol: através da Ley del Sector Eléctrico – daqui em diante designada como LSE – Ley 54/1997, de 27 de noviembre.

Na LSE postula que se subordinam ao regime de produção em regime especial as instalações eletroprodutoras cuja potência instalada não supere 50 MW, e em simultaneamente sejam utilizadas na produção FER, biomassa ou co-geração<sup>151</sup>.

Em Espanha vigoravam até às grandes alterações ao regime remuneratório de 2013 duas opções para a venda de energia produzida a partir do regime especial. A primeira era realizada a partir de a aplicação de uma tarifa regulada, única para todos os períodos de programação. A segunda era realizada em mercado, onde ao preço de mercado organizado ou de negociação bilateral, acrescia uma bonificação, a *prima*. Quer as tarifas reguladas, quer as bonificações sobre o preço de

---

<sup>151</sup> Vide artículo 27/1b) da LSE.

mercado são determinadas atendendo à tecnologia, potência instalada e idade da instalação em causa.

Encontramos uma grande diferença relativamente ao regime retributivo português: a possibilidade de que a retribuição recebida pelo produtor se encontre repartida entre o preço da venda de energia, ao qual é acrescido a *prima*. A *prima* consiste num incentivo financeiro, cujo principal objectivo é a amortização dos custos associados ao investimento, sendo que do ponto de vista conceptual podemos classifica-la como uma modalidade de *feed-in-premium*.

A diferença fulcral entre *feed-in-tariff* e *feed-in-premium* assenta na relação que tem com o mercado: na *feed-in-tariff* temos uma remuneração que opera fora do mercado, em que toda a energia produzida é remunerada a um preço fixo, dependendo do tipo de energia em causa, através de um agente do mercado (no caso português, o comercializador de último recurso). Já na *feed-in-premium* verificamos que esta surge de forma complementar ao preço arrecadado no mercado, como um complemento que visa integrar os custos do investimento realizado, mormente os associados ao valor da tecnologia utilizada<sup>152</sup>

Desde então podemos verificar um crescimento progressivo relativo à política de apoio às FER em Espanha, embora se tenha verificado de forma gradual. Com a aprovação do Real Decreto 661/2007 encontramos o culminar de uma fase de fortes apoios às energias renováveis, sendo que o diploma traduz uma aposta muito ambiciosa e dispendiosa para o Estado Espanhol.

O RD 661/2007 rapidamente demonstrou um carácter excessivo quanto aos incentivos previstos, sendo a produção de energia solar fotovoltaica a mais problemática. Devido aos grandes incentivos

---

<sup>152</sup> Cfr. CLÁUDIA DIAS SOARES e SUZANA TAVARES DA SILVA, Direito das Energias Renováveis, Almedina, pp.113.

previstos no diploma, verificou-se uma enorme procura no licenciamento de projectos no âmbito do RD 661/2007, para que beneficiassem da remuneração aí prevista. Consequentemente, nos primeiros meses de aplicação do diploma em causa a potência a instalar relativa à energia solar fotovoltaica aí prevista fosse instalada. Devido ao grande volume de projectos para implementação de centrais de produção no âmbito desse diploma legal, foi instituído pelo governo espanhol um regime de controlo<sup>153</sup> dos requisitos previstos pelo RD 661/2007, cabendo à CNE o controlo da verificação de os mesmos como forma de limitação e controlo de os candidatos a beneficiar daquele regime.

Posteriormente à entrada em vigor do RD 661/2007, em grande parte motivadas pela forte crise económica sentida na Europa, inicia-se um período de grandes alterações e limitações em matéria retributiva na produção a partir de FER. O regime que tinha sido projectado para vigorar numa altura de prosperidade económica demonstrava-se importável num contexto de crise.

As alterações legislativas iniciaram-se pela fonte que mostrava uma maior desproporcionalidade e despesa, o regime de produção solar fotovoltaica. A primeira alteração foi feita pelo RD 1578/2008 que criou um regime de visava abranger aos projectos fotovoltaicos aprovados depois do limite previsto pelo RD 661/2007. Entre as principais medidas do diploma encontramos a criação do de um registo obrigatório controlado pelo Estado, o *registro de preasignación de retribución*, com vista a conhecer antecipadamente e calcular a potência a instalar em cada projecto.

À obrigação de registo juntava-se igualmente a obrigação de aval, de forma a ser feita uma triagem da seriedade do projecto, aval este que seria devolvido após decorrido o procedimento de implementação do projecto com sucesso.

---

<sup>153</sup> Por via do Real Decreto 1003/2010 de 5 de agosto.

Outra grande alteração realizada através de o RD 1578/2008 foi uma alteração relativa à remuneração dos produtores de energia solar fotovoltaica, que passou a ser realizada unicamente através da tarifa regulada, deixando de vigorar a possibilidade de escolha de remuneração através do preço de mercado acrescido de a estrutura *feed-in-premium* já estudada.

A aprovação do Real Decreto-Ley 6/2009 determinou que as condições de registo obrigatório e de aval aos projectos que quisessem beneficiar do regime remuneratório do RD 661/2007 fossem estendidas às restantes FER, através da instituição de *registro de preasignación para el regime especial*. A extensão de a obrigação de registo a todas as FER teve um efeito alarmante entre os possíveis investidores, que por o registo se reger por ordem de entrada, e simultaneamente existir um máximo de potência a instalar relativo a cada FER, tentavam garantir o seu lugar ao abrigo de aquele regime remunerativo.

Em seguida foi aprovado ao RD 1614/2010. O diploma contém algumas disposições em que a garantia remuneratória dos particulares é alterada. O diploma trata aspectos relativos ao regime de produção de energia utilizando tecnologia solar termoeléctrica e eólica, sendo que uma das medidas mais marcantes nesta alteração foi a revisão do regime remuneratório. Em primeiro lugar foi instituída a obrigação de remuneração através de uma tarifa regulada durante um período mínimo de um ano, sendo que posteriormente a retribuição passaria a ser calculada através do esquema *feed-in- premium*, onde ao preço de venda em mercado seria acrescida uma *prima*. A questão da garantia dos particulares entra na seguinte alteração, que propõe a modificação da fórmula de cálculo da *prima*. A *prima* para a produção a partir das FER *supra* citadas passa a ser feita através de uma nova fórmula, que introduz limitações horárias, limitações essas que implicam uma diminuição do valor referencial da *prima*, logo, uma diminuição da

retribuição dos particulares. Estabelece o diploma que estas alterações de cálculo da *prima* aplicam-se às futuras instalações solares termoeléctricas, e quanto às centra eólicas o diploma produziria efeitos quanto às instalações já existentes.

O Real Decreto-Ley 14/2010 veio produzir medidas que visavam a correcção do défice tarifário, propondo uma diminuição das horas de funcionamento remuneradas através de *prima*, perante a condição de aumento do período de garantia de retribuição estabelecido pelo RD 661/2007. Ou seja, o aumento do período de remuneração visava diminuir ou evitar a existência de um prejuízo económico para os produtores.

Outra medida tomada no âmbito da crise económica em Espanha, alvo de muitas críticas e cujo alcance afectou todo o sector eléctrico, foi a instituição de um imposto sobre o valor da energia eléctrica. Por via da Ley 15/2012, de 27 de diciembre foi instituído um imposto de 7% de todas a mais-valias provenientes da produção energética, incluindo dessa forma as primas.

Na sequência do *Programa Nacional de Reformas del Reino de España*, apresentado à Comissão Europeia pelo Estado Espanhol, foi planeado um pacote legislativo dedicado ao sector da energia eléctrica, com o objectivo de garantir a estabilidade financeira do sistema eléctrico espanhol. Nesse contexto foi aprovado o Real Decreto-Ley 9/2013, diploma que vem romper totalmente com o regime remuneratório para a produção em regime especial que vigorava até à data.

Se até então encontrávamos alterações ao regime remuneratório, que apesar das consequências visavam uma manutenção da estrutura remuneratória prevista pelo RD 661/2007, este diploma vem dar início à construção de um novo panorama de retribuição da produção a partir de energias renováveis, rompendo totalmente com as previsões anteriores,

revogando os RD 661/2007, RD 1578/2008, assim como o *registro de preasignación para el regime especial*.

Relativamente ao regime remuneratório, o RDL 9/2013 não estabelece um novo regime aplicável à produção de electricidade a partir de FER ou co-geração, elaborando um projecto e fazendo referência à aprovação subsequente de um diploma que irá estabelecer o regime legal e remunerativo aplicável às instalações que actualmente se encontram abrangidas pela garantia remuneratória. Estabelece, todavia, que as duas modalidades de retribuição, através ou de bonificação do preço de mercado ou de tarifa regulada deixam de existir.

Em primeiro lugar verificamos que a remuneração passará a ser feita em condições de mercado. A produção em regime especial perderá a garantia de compra, passando unicamente a reger-se pelo mercado.

O impacto do novo regime remuneratório poderá ser minorado através de uma remuneração específica aplicável quando se verificar uma diferença entre o preço de mercado e o preço dos custos imputados à central produção<sup>154</sup>. Os critérios de aferição da remuneração estão incluídos na versão actualizada do artigo 30 da LSE.

A fórmula de cálculo da remuneração específica utiliza um critério que foi alvo de enormes críticas por parte dos particulares: remuneração razoável. O artigo 1.º, n.º 2, diz-nos que o objectivo do regime retributivo é promover a igualdade da produção através de energias renováveis

---

<sup>154</sup> Vide artículo 1.2 do RDL 9/2013, que altera o artículo 30.4 da LSE em que se lê: “Adicionalmente y en los términos que reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros se determine, a la retribución por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado, las instalaciones podrán percibir una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión de una instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo.”.

relativamente ao mercado liberalizado, tal como possibilitar uma remuneração razoável tendo em conta cada tipo de instalação<sup>155</sup>.

Quanto à abrangência do novo regime, este irá afectar tanto as novas centrais a construir, como as centrais já em actividade.

Para as centrais que beneficiaram de regime remuneratório bonificado, que através de primas ou de tarifa única, dispõe o diploma<sup>156</sup> que se acrescentem 300 pontos básicos à fórmula de cálculo da remuneração razoável.

Resta apontar a aprovação do novo regime remunerativo, nos exactos termos do projecto apresentado pelo RDL 9/2013. O novo regime consta do Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, *por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*.

#### **6.3.1.2 Os limites às alterações legislativas em Espanha**

Chegamos assim ao cerne desta secção, analisar quais as limitações feitas para salvaguarda dos direitos dos produtores em regime especial, e podemos desde já verificar que são insignificantes.

Tendo em conta as mudanças drásticas que decorrem da implementação do novo regime remuneratório, a existência de uma violação das legítimas expectativas dos produtores é indubitavelmente

---

<sup>155</sup> A remuneração razoável é definida no artículo 1.2 como sendo “*Esta rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.*”.

<sup>156</sup> Vide Disposición adicional primera do RDL 9/2013 que prevê:

“*Rentabilidad razonable de las instalaciones de producción con derecho a régimen económico primado.*

*A los efectos de lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, para las instalaciones que a la fecha de la entrada en vigor del presente real decreto ley tuvieran derecho a un régimen económico primado, la rentabilidad razonable girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de los diez años anteriores a la entrada en vigor del presente real decreto-ley de las Obligaciones del Estado a diez años incrementada en 300 puntos básicos, todo ello, sin perjuicio de la revisión prevista en el último párrafo del citado artículo.*”.



mais gravosa no caso espanhol. Verificamos igualmente que as tentativas de limitação do impacto das alterações legislativas ao regime remuneratório da produção em regime especial não foram particularmente exploradas pelo legislador espanhol. À excepção de as disposições do Real Decreto-Ley 14/2010 referentes à diminuição das horas de funcionamento remuneradas através de *prima*, que demonstram uma tentativa de diminuir ou evitar a existência de um prejuízo económico para os produtores através de um aumento de o período de remuneração estabelecido pelo RD 661/2007, poucos foram os mecanismos de limitação utilizados.

Acresce ainda a esse facto que foram elaboradas alterações sem previsão de um regime de salvaguarda, como com exemplo, a protagonizada pelo RD 1614/2010, em que as alterações à fórmula de cálculo da *prima*, foram aplicadas tanto às futuras instalações solares termoeléctricas (a construir), como às presentes (em funcionamento) e futuras centrais eólicas, não sendo previsto um regime de salvaguarda.

Sem dúvida que o RDL 9/2013 foi o diploma que elaborou medidas mais severas para os produtores em regime especial, na medida em que implementou uma mudança repentina da remuneração para um contexto liberalizado, realizada em condições de mercado, sendo que até à data era realizada através de mecanismos que conferiam uma protecção remuneratória ao produtor.

Do ponto de vista da existência de uma limitação às alterações legislativas, encontramos no âmbito do RDL 9/2013 a tentativa de uma garantia mínima aos produtores, através da instituição de uma remuneração específica aplicável quando se verificar uma diferença entre o preço de mercado e o preço dos custos imputados à central produção, que no caso das centrais em funcionamento que beneficiaram de um dos dois regimes bonificados (preço de mercado acrescido de *prima*, ou tarifa regulada) serão ainda bonificados em 300 pontos básicos

à fórmula de cálculo do rendimento razoável. Não obstante à tentativa de limitação das consequências, a alteração legislativa base foi severa e muito repentina, o que se poderá traduzir em consequências bastante nocivas para os produtores de energias renováveis no país.

Com uma enorme probabilidade, a nova fórmula de cálculo irá diminuir as receitas por parte dos produtores em regime especial. Diminuição esta que poderá levar a consequências extremas: a diminuição de receitas que pode gerar incumprimentos contratuais no pagamento de empréstimos bancários contraídos para realização de o investimento na central produtiva, ou inclusive conduzir a situações de insolvência por parte dos particulares.

As alterações ao regime remuneratório da produção em regime especial em Espanha motivaram reacções por parte dos produtores e investidores, fundamentadas na violação do princípio da confiança, à semelhança do que se regista em Portugal. Foram inúmeras as acções colocadas contra o Estado Espanhol tendo por base os diplomas que visaram alterações ao regime retributivo da produção em regime especial, sendo uma decisão muito conhecida a Tribunal Supremo 2320/2012, de 12 de Abril, principalmente por ter sido a primeira a tratar a questões ligadas às alterações legislativas neste âmbito. Intentada no âmbito das alterações realizadas pelo RD 1565/2010, o Tribunal considera que as alterações ai impugnadas não cabem no princípio da retroactividade proibida, já que os efeitos apenas se projectam no futuro, e tem a posição que as medidas impugnadas não são arbitrárias, isto porque se encontram justificadas pelo interesse geral, ou seja, evitar o prejuízo que implicaria manter um regime remunerativo especial que se tinha revelado inadequado.

### 6.3.2 O caso português

Como referimos *supra* no trabalho, as alterações legislativas relativas ao regime remuneratório da produção de electricidade em regime especial elaboradas no rescaldo da intervenção da Troika em Portugal partiram da aprovação do Decreto-Lei n.º 215-A/2012 e do Decreto-Lei n.º 215-B/2012.

Para a presente secção tomamos em conta a alteração realizada no âmbito do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, que procedeu à criação da figura do facilitador de mercado. Na medida em que no novo enquadramento de produção de electricidade em regime especial veio prever que a remuneração garantida passava a constituir uma figura supletiva, surgiu a necessidade de criação de uma entidade que estabelecesse a garantia de compra da energia eléctrica produzida. Dessa forma foi criada a figura do facilitador de mercado, que mediante a atribuição de licença, fica obrigado a adquirir a energia produzida pelos produtores em regime especial cuja remuneração seja realizada a partir de o regime remuneratório geral, e que pretendam vender-lhe a referida energia. O facilitador fica obrigado nos termos dos artigos 55.º-A a 55.º-D do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, à sua colocação em mercado, dever este que visa acautelar a posição mais frágil destes electroprodutores. A criação da figura do facilitador de mercado surge assim como uma tentativa de limitação à diminuição de protecção gerada por a alteração legislativa de 2005, que através do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de Fevereiro instituiu o limite ao direito de venda ao comercializador de último recurso. Ficando os produtores, todavia, privados da garantia de venda a preço bonificado, ganham a certeza de que conseguem escoar toda a energia produzida<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> CARLA AMADO GOMES, et.al, op.cit, pp.20

Ainda no âmbito do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, encontramos a limitação feita pela salvaguarda dos regimes anteriores. Apesar de não se tratar de uma novidade legislativa, no sentido que os anteriores diplomas que alteraram o regime remuneratório também o fizeram, o diploma estabelece no artigo 15.º regimes de salvaguarda, de forma a não frustrar as legítimas expectativas dos centros electroprodutores que instituídos no âmbito de um determinado regime remunerativo, que com a alteração veriam o seu rendimento substancialmente diminuído.

Em seguida, e já no contexto do Decreto-Lei n.º 35/2013, encontramos nos regimes alternativos delineados pelo Decreto-Lei n.º 35/2013 a tentativa de limitar as alterações remunerativas previstas no mesmo diploma. Ao prever a possibilidade de adesão, por parte dos centros electroprodutores abrangidos, a regimes remuneratórios alternativos, o legislador tentou pôr em prática a técnica de renegociação dos contratos retributivos de a produção em regime especial. O produtor terá que demonstrar a sua vontade em aderir ao regime remuneratório alternativo<sup>158</sup>.

No nosso entender as limitações às alterações legislativas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 35/2013 não foram suficientes para garantir a manutenção das condições remuneratórias dos centros electroprodutores licenciados tendo por base um regime jurídico anterior. Isto porque apesar da existência de regimes remuneratórios alternativos, estes não figuram uma alternativa igualmente garantística em relação aos regimes de salvaguarda previstos nos diplomas que procederam alterações legislativas neste âmbito anteriormente. É de notar que os regimes remuneratórios alternativos implicam uma diminuição efectiva da remuneração, sendo que o aumento do período de garantia remuneratória surge como forma de compensação.

---

<sup>158</sup> Vide artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 35/2013.

É na vertente subjectiva do princípio da segurança jurídica que surge o princípio da protecção da confiança, de acordo com o qual se entende que as normas que concretizam o Direito devem presentear os seus destinatários uma medida razoável de segurança, permitindo que estes depositem a confiança necessária no ordenamento jurídico vigente e ordenem a sua vida em redor do mesmo<sup>159</sup>.

Remetendo para a jurisprudência uniformizada ao longo das passadas décadas pelo Tribunal Constitucional para a aferição de uma possível violação ao princípio da confiança<sup>160</sup>, teremos uma lei ou norma inconstitucional por violação do princípio da confiança quando (i) a introdução por parte da lei de uma alteração do ordenamento jurídico que afecta, em sentido desfavorável, as expectativas dos seus destinatários; (ii) estes últimos não podiam razoavelmente contar com a alteração; (iii) e a alteração não foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes face aos direitos ou interesses afectados, à luz do princípio da proporcionalidade.

Nesses termos cumpre analisar o caso concreto. Relativamente ao primeiro requisito, na nossa opinião encontra-se verificado. Isto porque encontramos nas opções legislativas seguintes ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, mormente no Decreto-Lei n.º 35/2013 uma frustração efectiva dos interesses dos produtores, através da diminuição do prazo garantia remunerativa e da fórmula de cálculo da tarifa *feed-in*. A insatisfação e frustração dos produtores é manifestada através de as diversas acções propostas em sede de tutela jurisdicional, tendo uma delas sido tratada por nós no âmbito do presente capítulo a título de exemplo.

---

<sup>159</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, "A protecção da confiança", em V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público, CARLA AMADO GOMES (coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 22.

<sup>160</sup> Referidos e lembrados por MARIA LÚCIA AMARAL, op.cit, pp.24.

O segundo requisito levanta, no nosso entender, uma maior discussão. Este requisito arroga contornos especiais por estar em causa um acto legislativo: se por um lado o ordenamento jurídico deve ser estável, sabemos também que este não pode ser imutável, e que a lei consiste num instrumento sujeito a alterações para adequação à realidade fáctica que pretende regular.

Nesse contexto, importa reflectir acerca da natureza do investimento na construção e exploração das centrais electroprodutoras. Estes investimentos tendem a ser realizados com uma perspectiva de amortização/lucro económico a médio/longo prazo (dependendo da FER utilizada). Tal investimento apenas poderá ser realizado na medida em que exista uma estabilidade de factores económicos e financeiros, na qual é tomada a decisão de investimento. A expectativa de manutenção do direito às condições remuneratórias iniciais afigura-se assim uma expectativa determinante na decisão final, sendo necessário ainda aludir que muitos produtores recorrem a financiamento para proceder ao investimento na construção das centrais electroprodutoras, podendo incorrer em incumprimento contratual devido à diminuição remunerativa operada pelas alterações legislativas em causa.

Na nossa opinião, ao tipo de investimento junta-se um outro critério muitíssimo importante, que referimos ao longo do trabalho: a existência, até à aprovação do Decreto-Lei n.º 35/2013 de regimes transitórios de salvaguarda. Estes regimes transitórios de salvaguarda geravam na esfera jurídica dos produtores uma percepção de segurança perante as alterações legislativas, sendo que a sua previsão foi sempre realizada no âmbito do regime remunerativo garantido até ao diploma em questão, como tivemos oportunidade de estudar.

No nosso entender justifica-se assim a existência de um investimento legítimo na confiança acerca da manutenção dos direitos

remuneratórios inicialmente consagrados por parte dos produtores afectados.

Passando agora ao último critério de aferição, demonstra-se para nós o de maior dificuldade. Isto porque teria que ser realizada uma análise casuística tendo em conta os interesses constitucionalmente protegidos e contrastantes, determinando através do princípio da proporcionalidade uma ponderação entre eles. Por diversas razões essa ponderação mostrou-se para nós muito difícil, principalmente por desconhecimento de todos os interesses contrastantes em causa.

Não queremos, todavia, deixar de fazer uma pequena análise quanto a este ponto, demonstrando a nossa posição.

Relativamente aos interesses contrastantes, encontramos no papel primordial, por um lado, o impacto sofrido pelos consumidores, que verão uma diminuição na sua factura eléctrica<sup>161</sup>. Por outro lado, temos as implicações remunerativas dos produtores que beneficiam do regime remuneratório garantido, que como tivemos oportunidade de estudar se demonstram bastante gravosas.

Se a defesa dos interesses económicos dos consumidores reveste o carácter de interesse público, como acima se sustentou, é igualmente notório que as vantagens associadas às FER são também de o interesse público dos cidadãos, mormente, a redução da dependência energética, a diminuição das emissões de CO<sub>2</sub> para o cumprimento das metas firmadas internacionalmente, ou a protecção do ambiente.

Não obstante, importa referir a existência de particularidades relativas aos investimentos em produção de energias renováveis que tornam as alterações legislativas relativas à remuneração garantida particularmente lesivas para os produtores, devendo ser tidas em conta na ponderação em causa.

---

<sup>161</sup> Vide capítulo 4.2.3 deste trabalho, acerca da imputação de parte dos custos do regime remuneratório garantido à tarifa de uso global do sistema.

Citamos SUZANA TAVARES DA SILVA e MARTA VICENTE, que de forma tão clara apresentam as particularidades ligadas ao investimento na produção de electricidade a partir de fontes renováveis: *“Ora, sucintamente, o que se passa é que, atenta a desvantagem competitiva da energia produzida partir de fontes renováveis, o investimento privado só chegará ao sector quando devidamente “incentivado” por medidas dos poderes públicos. Vale por dizer que os regimes de apoio implementados pelo legislador são condição sine qua non da própria decisão de investir (a); e que, tratando-se de investimentos intensivos em termos de capital, a previsibilidade e estabilidade do ordenamento sectorial asseguram ao investidor a amortização do investimento efectuado e uma taxa de retorno que garanta a respectiva viabilidade produtiva (b).”*<sup>162</sup>.

Sendo que a União Europeia se encontra num contexto de crise económica profunda, e a manutenção dos sistemas de apoio a FER implicam um custo elevado, que irá necessariamente ser repercutido sobre uma de duas possibilidades: sobre os consumidores de energia eléctrica ou sobre os contribuintes, verificamos uma tendência comum entre os EM que aponta para a diminuição dos sistemas de apoio.

O que criticamos neste ponto não é a diminuição dos sistemas de apoio, nem tentamos advogar total imunidade dos centros electroprodutores que utilizem FER para a sua produção a restrições operadas por via legislativa. Criticamos somente os termos em que foram operadas as últimas alterações, nomeadamente no caso português, em que foram descuradas, no nosso entender, algumas exigências que decorrem dos princípios da protecção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático previsto no artigo 2.º da Constituição.

---

<sup>162</sup> Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA e MARTA VICENTE, “A nova política europeia em matéria de energias renováveis e a protecção dos investidores”, em Estudos de Direito da Energia, SUZANA TAVARES DA SILVA (org.), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp.341.



Concluída esta análise, basta-nos referir que se e reunidos os requisitos necessários para que seja aplicado o princípio da confiança poderão as disposições em causa ser declaradas inconstitucionais com fundamento na violação do princípio da confiança, ínsito no princípio de Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da CRP.

## 6.4 Análise do Impacto das Alterações Legislativas no Contexto da Economia Portuguesa

No decorrer do trabalho fomos analisando as consequências que as alterações legislativas tiveram no contexto dos centros electroprodutores, nomeadamente analisámos a possível violação do princípio da segurança jurídica e confiança, quando não sejam previstos regimes de salvaguarda ou limitações às alterações legislativas.

Cumpra agora analisar se as alterações legislativas elaboradas no contexto da crise e de o resgate económico por parte da Troika, demonstram de facto efeitos no âmbito da correcção das despesas, diminuição do défice energético e aumento da competitividade no sector.

Para esse efeito iremos ter por base o mais recente relatório<sup>163</sup> da OCDE sobre Portugal, que dedica uma secção ao tratamento das energias renováveis<sup>164</sup>.

Segundo a opinião da OCDE explanada no documento, Portugal continua a subsidiar excessivamente a produção através de energias renováveis, comportamento que urge corrigir, sendo que o meio aconselhado pela organização para uma tentativa de correção eficaz seria a renegociação do regime remunerativo com os produtores. Citando a organização, *“De facto, mais de 90% da produção de eletricidade é comprada aos produtores a preços garantidos ou subsidiados, o que reduz o âmbito de uma concorrência efetiva. Estes regimes de produção de eletricidade devem ser gradualmente eliminados ao longo de um horizonte de 13 anos, **mas este calendário deveria ser acelerado, inclusive através da exploração da possibilidade de mais renegociações***

---

<sup>163</sup> Disponível para consulta em <http://www.oecd.org/eco/surveys/Portugal-2014-Overview-PRT.pdf#page=7&zoom=auto,-13,349>.

<sup>164</sup> Relatórios Económicos da OCDE – Portugal, Outubro de 2014, pp.22.

*com empresas estabelecidas. Essas renegociações conduziram, até agora, à poupança de 3,4 mil milhões de euros.”*<sup>165</sup> (destaque nosso).

A crítica ao preço da electricidade é explanada na página seguinte, em que a OCDE conclui que *“Um desafio será estabelecer uma base industrial verde de forma a minimizar custos, as rendas ou as distorções desnecessários para os utilizadores e que isso não constitua uma sobrecarga adicional para as contas orçamentais. Atualmente, o preço que Portugal está a pagar pelo seu papel pioneiro na energia renovável é elevado, uma vez que os objetivos ambientais na política energética têm sido, em grande medida, baseados em apoios generosos aos produtores.”*

Consequentemente podemos concluir da leitura de o Relatório que apesar de as medidas tomadas no âmbito da alteração do regime remunerativo de produção de electricidade a partir de FER terem sido vantajosas numa perspectiva de poupança por parte do Estado, não foram ainda suficientes para resolver o problema da remuneração excessiva.

Desta forma podemos concluir que o problema da remuneração da produção em regime especial continua a pesar ao Estado português, sendo que a tendência que podemos deduzir, tanto pela comparação com o caso espanhol, como pela constante pressão de as organizações internacionais, será para a diminuição (e possível desaparecimento) das tarifas *feed-in*.

---

<sup>165</sup> Relatórios Económicos da OCDE – Portugal, Outubro de 2014, disponível para consulta em <http://www.oecd.org/eco/surveys/Portugal-2014-Overview-PRT.pdf#page=7&zoom=auto,-13,349>

## **7. Conclusões**

Percorridos os caminhos do legislador nos últimos anos relativamente às alterações legislativas realizadas ao regime remuneratório garantido, podemos retirar algumas conclusões relativamente aos tópicos comprometemos abordar.

Acompanhámos o processo de liberalização do mercado energia eléctrica, demonstrando as adaptações que se demonstraram necessárias no âmbito legislativo e estrutural.

Analisámos em seguida a evolução do regime remuneratório garantido ao longo dos diferentes períodos e diferentes organizações do SEN. Nesse contexto atribuímos o foco no nosso estudo à evolução de as garantias dos produtores em regime especial. É possível visualizar um padrão garantístico quanto às alterações legislativas ao regime remuneratório garantido até à aprovação do Decreto-Lei n.º 215-B/2012. Até então encontramos a previsão de regimes transitórios de salvaguarda, de forma a garantir uma certeza jurídica por parte dos beneficiários era evidente. A previsão deste tipo de regimes transitórios garantia aos produtores o cumprimento de os períodos de garantia retributiva.

Nesse contexto estudámos em seguida as questões ligadas à inconstitucionalidade da Portaria n.º 243/2013, de 2 de Agosto, cuja apreciação foi primordialmente realizada alegando no âmbito formal, por esta no seu artigo 35.º não cumprir o seu carácter de mera concretização, sendo que modifica uma disposição da lei que deveria concretizar, determinando a sua inconstitucionalidade material e formal, nos termos que explanamos.

Dedicámos parte do nosso trabalho a aferir se o regime remunerativo garantido poderia ser considerado como um auxílio de Estado, à luz da protecção do mercado único e das regras de protecção

do mesmo. Concluímos pela resposta negativa, quer devido ao financiamento das tarifas *feed-in* em Portugal, quer pela organização da estrutura remunerativa, onde o Estado não intervêm.

Estudámos a título comparativo o regime homólogo espanhol, e da sua análise concluímos que: (i) no período anterior às alterações legislativas constantes de uma adaptação às condicionalidades económicas que assolam o país, o sistema de remuneração da produção em regime especial diferia bastante do português, sendo menos garantístico; (ii) as alterações legislativas no contexto de a crise económica foram tomadas de forma muito severa e muito repentina, traduzindo-se num desaparecimento total do regime remunerativo especial; (iii) as tentativas de limitação do impacto pouco garantiram aos produtores que tinham anteriormente beneficiado do regime especial.

Seguimos para as alterações legislativas no âmbito da crise económica, onde observámos uma alteração no paradigma das garantias dos produtores em regime especial com a aprovação do Decreto-Lei n.º 35/2013, sendo que o legislador não prevê no diploma regimes transitórios de salvaguarda dos direitos remuneratórios adquiridos no âmbito de um diploma anterior.

Todavia, encontrámos algumas tentativas de limitação dos efeitos das alterações legislativas que atentam contra as garantias remuneratórias dos particulares, como por exemplo a definição de regimes remuneratórios alternativos por parte de o Decreto-Lei n.º 35/2013. Importa referir que é do nosso entendimento que estas limitações não se afiguram suficientes, pois verifica-se uma diminuição efectiva da remuneração por parte dos centros electroprodutores visados, existindo, portanto, uma diminuição de as garantias dos produtores em regime remuneratório garantido.

Nesse âmbito aludimos à questão relativa à possível violação do princípio da confiança, vertente subjectiva do princípio da segurança

jurídica. Apesar de não termos encontrado uma resposta conclusiva para esta questão devido à dificuldade de ponderação de interesses, tentámos demonstrar a nossa posição, assim como aferir diversas questões relacionadas com os direitos contrastantes em causa: a diminuição da factura eléctrica e defesa dos direitos dos consumidores, e o direito à segurança jurídica por parte de os produtores que beneficiam do regime remunerativo garantido.

Na valoração a realizar, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, importa alertar para a importância que as energias renováveis têm, e poderão ter no futuro do país, nomeadamente na criação de externalidades positivas como a constituição de fileiras industriais, criação de empregos, redução das emissões de CO<sub>2</sub> ou redução da dependência energética do exterior.

O excuro que efectuamos e as conclusões alcançadas na presente dissertação não visam argumentar que os centros electroprodutores que beneficiam de remuneração garantida estejam totalmente imunes a restrições operadas por via legislativa. Sucede que, devido aos termos em que foram elaboradas as últimas alterações, foram descuradas, no nosso entender, algumas exigências que decorrem dos princípios da protecção da confiança e de protecção da propriedade privada, ínsitos na ideia de Estado de Direito democrático previsto no artigo 2.º da Constituição.

Por fim, citamos MARIA LÚCIA AMARAL, que tão bem explica a importância do tempo no que toca à valoração do princípio da confiança: *“O tempo é para o Direito uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Por definição, o Direito tende para a continuidade: só ordena se for estável, ou se for dotado de alguma estabilidade. Mas só ordena eficazmente se souber responder à mudança. Assim, o tempo*

*traz ao Direito uma demanda ambivalente: pede-lhe que permaneça e pede-lhe que mude.*<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, op.cit, pp.22

## Bibliografia

### 1. Monografias

AMARAL, Maria Lúcia – “A protecção da confiança”. In GOMES, Carla Amado (org.) V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público [em linha], Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho 2012, pp.21-29. Disponível em

[http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrodp\\_fi nal2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_fi nal2.pdf)

GOUVEIA, Jorge Bacelar - Manual de Direito Constitucional, vol.II, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2009

MARTINS, Manuel - Auxílios do Estado no Direito Comunitário, 1ª edição, São João Estoril: Editora Príncípia, Maio 2002

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, Tomo V, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Novembro 2000

SCHINA, Despina - State Aids under the EEC Treaty – Articles 92 to 94, Oxford: ECS Publishing, 1987

SILVA, Suzana Tavares da (org.) - Estudos de Direito da Energia, N.º 0, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014

SOARES, Cláudia Dias; SILVA, Suzana Tavares da - Direito das Energias Renováveis, 1ª edição, Coimbra: Almedina, Fevereiro 2014

VASQUES, Sérgio (coord.) - As Taxas de Regulação Económica em Portugal, 1ª edição, Coimbra: Almedina, 2008

### 2. Editoriais

ABECASIS, Duarte; FREITAS, Lourenço Vilhena de – A inconstitucionalidade da aplicação da Portaria N.º 243/2013, de 2 de Agosto aos centros electroprodutores em regime especial sujeitos a regimes de remuneração garantida anteriores ao Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de Outubro [em linha], in E-pública Revista Electrónica de Direito Público, número 1, 2014, disponível em <http://e-publica.pt/>



ANDRADE, Ana Rita Gomes de – As Energias Renováveis: Uma Luz Verde aos Auxílios de Estado?, in Revista de Regulação e Concorrência, Ano 1, n.º 3, Almedina, Julho-Setembro de 2010

COUTINHO, Francisco Pereira – A natureza jurídica dos memorandos da «Troika», in Themis, ano XIII, números 24/25 – 2013, Almedina, Julho 2014

GOMES, Carla Amado, et. al. – Energias Renováveis em Portugal: Evolução e perspectivas [em linha], in E-pública Revista Electrónica de Direito Público, número 1, 2014, disponível em <http://e-publica.pt/>

### 3. Internet

<http://www.apren.pt/pt/> (acedido a 6 de Outubro de 2014)

<http://www.edp.pt/pt/aedp/sectordeenergia/sistemaelectricoportugues/Pages/SistElectNacional.aspx> (acedido a 7 de Outubro de 2014)

<http://www.erse.pt/pt/electricidade/tarifaseprecos/Paginas/default.aspx> (acedido a 7 de Outubro de 2014 às 11.43h)

<http://www.edpdistribuicao.pt/pt/produtor/renovaveis/Pages/regulamentacao.aspx> (acedido a 23 de Outubro de 2014 às 17.06h; 24 de Outubro de 2014 às 16.37h)

<http://www.pordata.pt/Pesquisa/energias%20renov%C3%A1veis> (acedido a 30 de Outubro de 2014 às 16.54h)

<http://www.apambiente.pt> (acedido a 30 de Outubro de 2014 às 17.45h)

[http://www.erse.pt/pt/mibel/conselhodereguladores/Documents/Mibel\\_PR\\_E\\_PT.pdf](http://www.erse.pt/pt/mibel/conselhodereguladores/Documents/Mibel_PR_E_PT.pdf) (acedido a 22 de Janeiro de 2015 às 16.14h)

Sítio da OCDE – Relatórios Económicos da OCDE – Portugal, Outubro de 2014:  
<http://www.oecd.org/eco/surveys/Portugal2014OverviewPRT.pdf#page=7&zoom=auto,-13,349> (Acedido a 31 de Janeiro de 2015 às 23.06h)

#### 4. Lista de jurisprudência

- União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 14.10.87 proferido no âmbito do processo.<sup>o</sup> 248/84 RFA vs. Comissão, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 22.03.77, proferido no âmbito do processo 78/76 Steinike & Weinlig vs. República Federal da Alemanha, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 13.10.82, proferido no âmbito do processo 213/81 Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will, Trawako, Transit-Warenhandels-Kontor GmbH & Co., and Gedelfi, Großeinkauf GmbH & Co., vs Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 15.03.94, proferido no âmbito do processo C-387/92 Banco Exterior de España AS vs. Ayuntamiento de Valencia, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 13.03.2001, proferido no âmbito do processo C-379/98 PreussenElektra AG vs. Schleswig AG, na presença de Windpark Reußenköge III GmbH e Land Schleswig-Holstein, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 23.01.2008, proferido no âmbito do processo C-206/06 Essent Netwerk Noord BV apoiada pela Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV vs. Aluminium Delfzijl BV vs. Estado dos Países Baixos e Essent Netwerk Noord BV vs. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV e Saranne BV, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19.12.2013, proferido no âmbito do processo C-262/12 Association Vent De Colère! Fédération nationale e particulares vs. Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, na presença de Syndicat des énergies renouvelables, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>

- Nacional

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Março de 2014 (Proc. 01023/13)

# Índice

<b>1 Considerações introdutórias e pertinência do tema.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Breve elucidação quanto à produção de energia eléctrica em Portugal: a relevância das fontes de energia renováveis. ....</b>	<b>3</b>
<b>3. Enquadramento histórico e jurídico do sector eléctrico nacional .</b>	<b>7</b>
3.1 Período anterior à liberalização .....	7
3.2 Processo de liberalização .....	8
3.2.1 O primeiro pacote energético.....	10
3.2.2 O segundo pacote energético .....	10
3.2.3 O terceiro pacote energético.....	13
3.3 As principais actividades do Sistema Eléctrico Nacional .....	14
3.3.1 Produção .....	14
3.3.2 Transporte .....	16
3.3.3 Distribuição .....	16
3.3.4 Comercialização.....	17
3.3.5 Gestão de mercados organizados .....	18
3.3.6 Regulação.....	19
<b>4. Produção eléctrica em regime especial: o regime remuneratório garantido (FIT) e a sua evolução; .....</b>	<b>21</b>
4.1 Especificidades do regime remuneratório garantido.....	22
4.1.1 Especificidades das licenças.....	22
4.1.2 Especificidades das tarifas .....	23
4.1.3 Especificidades quanto aos direitos de venda .....	23
4.2 A evolução do regime remuneratório garantido em Portugal .....	24
4.2.1 Regime remuneratório anterior a 2012 .....	24
4.2.2 Regime remuneratório garantido a partir de 2012 .....	28
4.2.3 Financiamento da FIT .....	29
4.2 A inconstitucionalidade da Portaria nº243/2013 de 2 de Agosto.....	31
<b>5. Regime remuneratório garantido como auxílio de Estado.....</b>	<b>35</b>
5.1 O papel do Direito da União Europeia relativamente aos auxílios de Estado .....	36
5.2 O conceito de auxílio de Estado .....	38
5.2.1 A existência de uma vantagem .....	39
5.2.4 O efeito anti-concorrencial .....	44

5.2.5 A afectação do comércio intracomunitário .....	45
5.2.6 Irrelevância da forma .....	48
5.3 Auxílios de Estado relativos às energias renováveis .....	49
5.3.1 O Regime Geral de Isenção por Categoria .....	51
5.3.2 A necessidade do auxílio.....	54
5.3.3 A intensidade do auxílio .....	55
5.4 A tarifa <i>feed-in</i> como auxílio de Estado. O caso português em especial. ....	56
5.4.1 Jurisprudência do TJUE .....	56
5.4.2 O caso português.....	58
<b>6 A garantia dos produtores em regime especial .....</b>	<b>60</b>
6.1 Imposições da Troika .....	63
6.2 Alterações legislativas .....	67
6.2.1 A reacção dos produtores quanto às alterações legislativas: análise do acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 7 de Março de 2014 (Proc. 01023/13).....	72
6.3 Limitações às alterações legislativas .....	77
6.3.1 O caso espanhol .....	77
6.3.1.1 Enquadramento histórico e evolução do regime remuneratório da produção em regime especial .....	78
6.3.1.2 Os limites às alterações legislativas em Espanha.....	84
6.3.2 O caso português.....	87
6.4 Análise do Impacto das Alterações Legislativas no Contexto da Economia Portuguesa.....	94
<b>7. Conclusões .....</b>	<b>96</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>100</b>

## **Índice de Figuras**

Figura 1 – Comparação entre a produção total de energia eléctrica e produção total de energia proveniente de FER

Figura 2 – Dependência energética portuguesa